

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Äriõiguse ja intellektuaalse omandi õppetool

Kristel Tuul

**PILVETEENUSE OSUTAMISEL TEKKIVA ÕIGUSSUHTE KVALIFITSEERIMINE
EESTI ÕIGUSES**

Magistritöö

Juhendaja
dr. iur. Irene Kull

Tartu
2014

Sisukord

Sissejuhatus	3
1. Pilveteenuse mõiste ja pilveteenuste liigid.....	10
1.1 Pilvandmetöötluse eristamine pilveteenusest.....	10
1.2 Pilveteenuse liigid ja nende kättesaadavaks muutmine pilveteenuse kasutajale.....	14
2. Pilveteenuse osutamisel sõlmitava lepingu ese.....	19
2.1 Pilveteenus kui kaup.....	19
2.2 Pilveteenus kui teenus	23
2.3 Digitaalne infosisu ja digitaalse infosisu üleandmise leping.....	27
3. Pilveteenuse lepingu subjektid	34
3.1 Pilveteenuse osutajad	34
3.2 Pilveteenuse kasutajad ja nende kaitse ebaõiglaste tüüptingimuste eest.....	36
4. Pilveteenuse lepingu sisu kujunemine.....	41
4.1 Pilveteenuse lepingu osad	41
4.2 Pilveteenuse lepingu sõlmimine tüüptingimustel ja tüüptingimuste saamine lepingu osaks.	44
4.3 Pilveteenuse lepingus sätestatud tüüptingimuste kehtivus.....	52
5. Pilveteenuse lepingu sisu vastavus litsentsi-, teenuse osutamise ja kasutuslepingu tunnustele.....	58
5.1 Pilveteenuse lepingu vastavus litsentsilepingu tunnustele	58
5.1.1 Sarnasused.....	58
5.1.2 Erisused.....	63
5.2 Pilveteenuse lepingu vastavus teenuse osutamise lepingute tunnustele.....	69
5.2.1 Sarnasused ja erisused võrdluses töövõtulepinguga	69
5.2.2 Sarnasused ja erisused võrdluses käsunduslepinguga.....	75
5.3 Pilveteenuse lepingu vastavus kasutuslepingu tunnustele.....	76
5.3.1 Sarnasused.....	76
5.3.2 Erisused.....	79
Kokkuvõte	81
Qualification of the legal relationship resulting from the provision of cloud service in the law of Estonia.....	85
Kasutatud allikad	91
Kasutatud kirjandus	91
Kasutatud normatiivaktid	94
Kasutatud Eesti kohtupraktika.....	95
Euroopa Liidu kohtute lahendid	95
Muud allikad.....	96
Euroopa Liidu institutsioonide dokumendid	96
Täiendavad materjalid	97

Sissejuhatus

Veel 2010. a olid Baltikumi ettevõtjad pilvetechnoloogiate kasutusele võtmisel keskmisest pisut konservatiivsemad¹, tänaseks on aga pilveteenuste kasutamine Eesti ettevõtete ja füüsiliste isikute poolt järjest kiiremini kasvav trend. Pilveteenuste kasutamine toimub Gmail'i või Hotmail'i kaudu kirju edastades ning Facebook'is suheldes. Failide säilitamise ja jagamise süsteemina ei vaja ilmselt tutvustamist pilveteenus Dropbox. Suurenev nõudlus pilveteenuste järele ajendab omakorda varasemast enam ettevõtteid erinevaid pilveteenuseid välja töötama. Nii on näiteks Eesti infotehnoloogia ettevõtte Zone loonud Dropbox'i pilveteenusele sarnase pilverakenduse ZoneCloud.² Elion, Linxtelecom Estonia, Directo OÜ on vaid üksikud näited teistest kohalikest pilveteenuse osutajatest Eesti pilveteenuste turul. Uute pilvelahenduste väljatöötamist lähiaastatel kohalike ettevõtete ja teadusasutuste poolt soodustab tõenäoliselt ka 2014. a alguses Eestis avatuks kuulutatud Euroopa Liidu teadusuuringute ja innovatsiooni raamprogramm "Horisont 2020".³ Erasektori kõrval on huvi ja valmisolekut pilveteenuste kasutamiseks üles näidanud ka Eesti avalik sektor.⁴ Majandus-ja Kommunikatsiooniministeerium on täheldanud pilvelahenduste kasulikkust isegi riigi järjepidevuse tagamise aspektist riigi jaoks oluliste registriandmete digitaalkoopiate turvalise säilitamise kaudu teistes riikides asuvates nõ virtuaalsaatkondades.⁵ Eesti Vabariigi president Toomas Hendrik Ilves juhib Euroopa pilvandmetöötluse arendamise nõukoda, mille eesmärgiks on edendada piiriüleste digitaalsete avalike teenuste kasutust Euroopa ettevõtluses ning avalikus sektoris.⁶

¹ K. Aasmäe (toim). Uuring: Eesti ettevõtted on avalike pilveteenuste kasutamise aktiivsusest globaalsest trendist maas. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.juhtimine.ee/820254/uuring-eesti-ettevotted-on-avalike-pilveteenustekasutamise-aktiivsusest-globaalsest-trendist-maas> 29.12.2013.

² H. Lõugas. Eesti esimesel oma pilveteenusel on kindel aadress ja nägu. - Eesti Päevaleht 26.03.2014.

³ Programmi "Horisont 2020" prioriteet "Juhtpositsioon tööstuses" kätkeb eesmärgi muuta Euroopa atraktiivseks teadusuuringutesse ja innovatsiooni investeerimise kohaks, edendades ettevõtlusega seotud tegevusi. Selle prioriteediga toetatakse muuhulgas info-ja kommunikatsioonitehnoloogiat. Eesti Teadusagentuur. Horisont 2020. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.etag.ee/rahvusvaheline-koostoo/horisont-2020/>. 24.03.2014.

⁴ Rahandusministeeriumi ja Majandus-ja Kommunikatsiooniministeeriumi eestvedamisel ning Elioni kaasaabil on valminud teadaolevalt maailmas esimene omataoline pilveteenuse pilootprojekt, mille eesmärgiks on tuua riik kodanikule lähemale ja muuta kohaliku tasandi juhtimine kogu riigis läbipaistvaks. Nii on veebileheküljel www.riigipilv.ee võimalik tutvuda Eesti omavalitsuste finantsandmetega. Rahandusministeerium. Täna on kõigi Eesti omavalitsuste tervis internetis jälgitav. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.fin.ee/tanasest-on-koigi-eesti-omavalitsuste-tervis-internetis-jalgitav/?highlight=riigipilv>. 24.03.2014.

⁵ Majandus-ja Kommunikatsiooniministeerium. Eesti infoühiskonna arengukava 2020. Lk 2. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.mkm.ee/public/Infoyhiskonna_arengukava_2020_f.pdf. 24.03.2014.

⁶ Vabariigi Presidendi Kantselei. President Ilves hakkab Euroopa Komisjoni kutsel edendama Euroopa digitaalset arengut. Pressiteade, 19.11.2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.president.ee/et/meediakajastus/pressiteated/8222-president-ilves-hakkab-euroopa-komisjoni-kutsel-edendama-euroopa-digitaalset-arengut/layout-visit.html>. 24.03.2014.

Pilveteenuse kontseptsiooni autoriks peetakse arvutiteadlast J. McCarthy, kes 1960. aastatel pakkus välja idee arvutamise (ingl *computation*) kättesaadavaks tegemiseks ühiskasutuse kaudu.⁷ Juba 1950. aastatest võib rääkida keskarvutitest, millega kasutajad olid ühenduses terminaalide kaudu.⁸ Seejuures on pilveteenuse üheks iseloomulikuks tunnuseks just teenuse osutaja poolt ressursside andmine klientide ühiskasutusse - pilveteenuse osutaja on riistvara omanik, kes võimaldab selle kasutust pilveteenuse klientidele võrguühenduse kaudu, mille tulemusel puudub teenuse kasutajal vajadus investeringute tegemiseks kulukatele andmetöötlusseadmetele. Lisaks sellele kujutab pilveteenus endast olemuslikult teatud tüüpi tegevuse edasiandmist (ingl *outsourcing*).⁹ Tegevuse edasiandmine¹⁰ on lepingulisel alusel kolmanda isiku (teenuse pakkuja) teenuste kasutamine, mille sisuks on tegevuste ja toimingute teostamine, mis on vajalikud ettevõtte poolt klientidele teenuse osutamiseks ning mida tavaolukorras teostaks ettevõtte ise.¹¹ Veebipõhiste kontoritarkvara rakenduste, näiteks tabelarvutuse, näol on tegemist pilveteenustega, mis ei ole midagi muud, kui vastava teenuse väljasttellimine teenuse pakkujalt. Ettevõtte põhitegevust toetavate teenuste väljasttellimine pole seejuures midagi uut, sest juba 1937. aastal tegeles R. Coase läbi majandusliku mõtlemise küsimusega, kas ettevõttel on otstarbekas mingit teenust ise osutada või see mujalt sisse osta.¹²

Eelnimetatust nähtuvalt pole infotehnoloogia kasutajatele ja huvilistele pilveteenus võõras nähtus. Veelgi enam, pilveteenus ei olegi mitmete ekspertide hinnangul midagi innovaatilist. USA infotehnoloogia ettevõtte Oracle tegevdirektor L. Ellison on 2009. a märkinud: *“Pilvandmetötluse¹³ puhul on huvitav asjaolu, et me määratleme selle mõiste kaudu uuesti kõike seda, mida juba teeme”*.¹⁴

⁷ A. Mohamed. A history of cloud computing. - Computer Weekly, March 2009. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.computerweekly.com/feature/A-history-of-cloud-computing>. 05.04.2014.

⁸ J. Steddum. A Brief History of Cloud Computing. – SoftLayer Blog, 29.07.2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://blog.softlayer.com/2013/virtual-magic-the-cloud/>. 05.01.2014.

⁹ R. Marchini. Cloud Computing: A Practical Introduction to the Legal Issues. UK: BSI 2010, p. 2.

¹⁰ Märkus: eesti keeles kasutatakse tegevuse edasiandmise kõrval ka termineid teenuse sisseostmine või väljasttellimine.

¹¹ Edasiantavate tegevuste hulka võivad kuuluda: IT tarkvara arendamine ja hooldamine, IT infrastruktuuri hooldamine, investeringute juhtimine, turundus, füüsilise turbe tagamine, sularaha käitlemine, personaliarvestus, siseaudit jne. Finantsinspeksioon. Nõuded finantsjärelevalve subjekti poolt tegevuse edasiandmisele (*outsourcing*). Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.fi.ee/?id=2592&year=2011>. 06.01.2014.

¹² S. Cacciola, R. Gibbons. Coase Meets the Cloud: How and When Can Outsourcing IT Improve Organizational Performance? P. 1. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://web.mit.edu/rgibbons/www/Coase%20Meets%20the%20Cloud_Final.pdf. 06.01.2014

¹³ Märkus: pilvandmetötluse mõistet kasutades viitab L. Ellison tsiteerituga kaudselt ühtlasi pilveteenusele.

¹⁴ J. Cave *et al.* Regulating the Cloud: More, Less or Different Regulation and Competing Agendas. – TRPC 2012, chapter 1, p. 1. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2031695## 12.04.2014. Märkus: autori vaba tõlge.

Kirjandusest võib leida ka seisukohti, mille kohaselt tähendab pilveteenus paradigma muutust infotehnoloogia arengus. Seejuures nähakse paradigma vahetust muutuses arvutusvõimsuse omandamisel.¹⁵ Nimelt on pilveraallinduse võtmekarakteristikuks võime pakkuda mastaapset ja varudega arvutusvõimsust dünaamiliselt, kuluefektiivseimal moel ning võime pakkuda seda kõike tarbijale nii, et ta ei peaks kogu peidus olevat keerukust ja tehnoloogiat ise haldama.¹⁶ Seega võimaldab lisandunud efektiivsus ja paindlikkus käsitleda pilveteenust paradigma muutusena digiajastul.

Eeltoodut silmas pidades võib väita, et pilveteenus kätkeb juba varem tuntud infotehnoloogia teenuste tunnuseid¹⁷, mistõttu väljendub pilveteenuse eripära peaasjalikult maksimises vaid pilveteenuse ja selle osutamiseks vajalike ressursside eest, muutuvatele tingimustele paindlikus reageerimises¹⁸ ning pilveteenuse kasutamise lihtsuses¹⁹.

Pilveteenustena pakutakse väga erinevaid teenuseid, virtuaalsetest töötlussüsteemidest, mis asendavad tavapäraseid serverid, kuni rakenduste arendamist toetavate teenuste, täiustatud majutusteenuste ja selliste veebipõhiste tarkvaralahendusteni, millega võib asendada tavapäraselt lõppkasutaja personaalarvutisse installeeritud rakendused.²⁰ Võttes arvesse eelnimetatut, on selge, et pilveteenustega seonduv ei saa jääda õigusvaba ruumi, vaid vajab läbimõeldud õiguslikku regulatsiooni. Pilveteenuseid puudutavaid õiguslikke küsimusi, mis tõusetuvad pilveteenuse osutaja ja selle kasutaja vahelisest lepingulisest õigussuhtest pilveteenuse osutamiseks, on mitmeid ning need seonduvad näiteks kohtualluvuse, kohaldatava õiguse, andmekaitse, andmete asukoha ja omandiõiguse küsimustega.

¹⁵ Marchini, p. 1.

¹⁶ Open Cloud Manifesto. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.opencloudmanifesto.org/Open%20Cloud%20Manifesto.pdf>. 06.01.2014. Märkus: eestikeelne tõlge - Asko Berens. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.elitec.ee/avatud-pilve-manifest>. 06.01.2014.

¹⁷ Näiteks IT-teenuste väljastellimine, mida finantssektoris tuntakse juba ammu, sarnaneb nii infrastruktuuri kui ka tarkvara kasutamise pilveteenusele, kuivõrd teenuse osutaja võib hallata ettevõtte infrastruktuuri ja võimaldada oma tarkvara kasutamist ettevõttele.

¹⁸ Pilveteenuse kasutuskooormuse suurenemisel puudub pilveteenuse kasutajal (näiteks ettevõttel) vajadus hakata ettevõttesisest infotehnoloogilist süsteemi ümber kujundama.

¹⁹ Pilveteenuse kasutamine on lihtne, kuna klient saab seadistada ja kasutada pilveteenuseid iseseisvalt, pilveteenuse pakkuja abita. Seejuures ei sõltu pilveteenuse kasutamine sellest, kus klient parasjagu asub ning internetiühenduse olemasolul ei oma ka tähtsust, millist platvormi (sülearvuti, nutitelefon jne) kasutatakse.

²⁰ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 95/46/EÜ, üksikisikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise kohta, artikkel 29 alusel loodud andmekaitse töörühm. Arvamus 05/2012 pilvandmetöötluse kohta. Lk 4. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp196_et.pdf#h2-2. 21.01.2014. Edaspidi allmärkustes: Artikli 29 alusel loodud andmekaitse töörühm.

Euroopa Ülemkogu on leidnud, et Euroopa Liit peaks looma suurandmete haldamise ja pilvandmetöötluse ühtse turu jaoks õiged raamtingimused, edendades eelkõige turvaliste, kvaliteetsete ja usaldusväärsete pilveteenuste kõrgeid standardeid.²¹ Euroopa Komisjon on ise endale võtnud eesmärgiks panustada pilvandmetöötluse edendamisesse turvaliste ja õiglaste lepingutingimuste väljatöötamiseks pilvandmetöötluse lepingute jaoks, et suurendada tarbijate ja väikeettevõtjate usaldust pilvandmetöötluse teenuste vastu.²² Turvalistele ja õiglastele lepingutingimustele tähelepanu pööramine on kahtlemata põhjendatud, kuivõrd enamasti ei räägi pooled pilveteenuse lepingu tingimustes läbi, mistõttu sisaldab pilveteenuse leping võlaõigusseaduse²³ (edaspidi VÕS) § 35 lg 1 mõttes tüüptingimusi ning võttes arvesse, et pilveteenuse leping on enamasti interneti vahendusel sõlmitav nn võta-või-jäta leping, võimaldab selline mugav lepingu sõlmimise viis pilveteenuse osutajal pöörata õiguste ja kohustuste tasakaalu teenuse kasutaja kahjuks kaldu. Samuti on Euroopa Liit üles näidanud aktiivsust pilvandmetöötlusega seotud andmekaitsealaste riskide selgitamisel ja lahenduste pakkumisel.²⁴

Eeltoodust tuleneb, et Euroopa Liidu tasandil on võetud kindel suund pilveteenuste kasutamisega kaasnevate õiguslike probleemide kaardistamisele ja reguleerimisele, erinevalt Eestist, kus pilveteenuseid puudutavaid õiguslikke küsimusi riigi poolt antud juhiste, määruste või seadustega reguleeritud pole.

Töö autor püstitab hüpoteesi, et pilveteenuse osutamiseks sõlmitavas lepingus võib leida mitme seaduses reguleeritud lepinguliigi tunnuseid. Hüpoteesi aluseks on varasemalt viidatud lähenemine, et pilveteenuses pole tingimata midagi uutset. Autor teeb sellele tuginedes samasisulise järelduse ka pilvelepingu kohta.

Kuna pilveteenuse lepingu nimetus ei väljenda selles hõlmatud õigussuhet, on töös uuritud pilveteenuse lepinguga reguleeritud õigussuhet, et leida kinnitust autori poolt esitatud hüpoteesile.

²¹ Euroopa Ülemkogu. 24. - 25. oktoober 2013 järeldused. Lk 3. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/ET/ec/139201.pdf. 14.04.2014.

²² Euroopa Komisjon. Euroopa Komisjon annab uue panuse pilvandmetöötluse edendamisse. Pressiteade, 28.10.2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-990_et.htm. 14.04.2014.

²³ Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487 ... RT I, 29.11.2013, 1.

²⁴ Vt näiteks: Artikli 29 alusel loodud andmekaitse töörühm, lk 5, *passim*.

Olenemata asjaolust, et pilveteenus on jõudsalt kujundamas Eesti infotehnoloogilist maastikku, pole senini ühegi teadustöö raames autorile teadaolevalt põhjalikult tegeletud pilveteenusega eraõiguslikust vaatenurgast.

Töö eesmärgi täitmiseks uurib autor, kuidas kvalifitseerida ja sisustada pilveteenust Eesti õiguses ning analüüsib, kuhu paigutub pilveteenuse osutaja ja kasutaja vahel sõlmitav leping pilveteenuse osutamiseks Eesti eraõiguse süsteemis. Seejuures on töös keskendutud kitsalt ühe pilveteenuse liigi, tarkvara kasutamise pilveteenuse, kvalifitseerimisele ja vastava teenuse osutamisel tekkiva õigussuhte määratlemisele siseriiklikus õiguses.

Kvalifitseerimisprobleemi lahendamiseks on töö jaotatud viieks peatükiks. Magistritöö esimene peatükk on ülejäänud töö jaoks pigem sissejuhatava tähendusega. Esimeses peatükis on rõhuasetus pilveteenuse tehnilistel aspektidel, kuna nendest arusaamine on vältimatult vajalik pilveteenuse ja selle osutamisel tekkiva õigussuhte kvalifitseerimise seisukohalt. Selles peatükis analüüsitakse pilvandmetöötluse ja pilveteenuse omavahelist seost ning eristamise vajadust. Lisaks selgitatakse esimeses peatükis pilveteenuste liikide kaudu pilveteenuse olemust ja iseloomulikke tunnuseid.

Töö teises peatükis analüüsitakse pilveteenuse kvalifitseerimist traditsiooniliste lepinguesemete kauba ja teenusena. Kuigi küsimus pilveteenuse kvalifitseerimisest kaubana võib esmapilgul tunduda vastuoluline, on see siiski asjakohane. Pilveteenuse kui termini enda väliskuju on eksitav - pilveteenuse olemust silmas pidades ei ole võimalik teha automaatselt järeldust, et tegemist on tõepoolest teenusega Eesti õiguse kohaselt ega saa välistada võimalust, et pilveteenus kvalifitseerub hoopis kaubana. Samuti keskendutakse teises peatükis pilveteenuse määratlemisele digitaalse infosisu aspektist ja seotud teenusena ning analüüsitakse pilvelepingu kvalifitseerimise võimalikkust vastavalt digitaalse infosisu üleandmise ja seotud teenuse osutamiseks sõlmitava lepinguna 11. oktoobril 2011. a Euroopa Komisjoni poolt Euroopa Parlamendile ja nõukogule esitatud ettepaneku Euroopa ühise müügiõiguse määrase²⁵ (edaspidi EÜM) vastuvõtmiseks tähenduses. Pilveteenust digitaalse infosisu ja selle üleandmiseks sõlmitava lepingu aspektist on paralleelselt EÜM-iga

²⁵ Euroopa Komisjoni 11.10.2011. a ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus Euroopa ühise müügiõiguse kohta KOM(2011) 635. – ELT C 37/04, 10.02.2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:et:PDF>. 12.04.2014.

analüüsitud ka Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2011/83/EL tarbija õiguste kohta²⁶ (edaspidi tarbija õiguste direktiiv) valguses.

Töö kolmandas peatükis keskendutakse pilveteenuse osutamisel tekkiva õigussuhte subjektidele. Peatüki eesmärgiks on muuhulgas analüüsida võrdlevalt pilveteenuse kasutajate kaitse ulatust ebaõiglaste tüüptingimuste eest pilveteenuse osutamisel sõlmitavas lepingus, milles sätestatud lepingutingimuste üle pole kasutajal reeglina võimalik pilveteenuse osutajaga läbirääkimisi pidada.

Töö neljandas peatükis selgitatakse pilveteenuse lepingu sisu ja selle kujunemist esiteks pilveteenuse lepingule iseloomulike lepingu osade, s.o lepingusätete grupeeringute kaudu. Neljanda peatüki teises alapunktis on keskendutud pilveteenuse lepingule kui tüüptingimustel sõlmitavale lepingule ning analüüsitud pilveteenuse lepingu sõlmimist ja sõlmimise viisi mõju tüüptingimuste saamisele lepingu osaks. Viimases alapeatükis on analüüsitud tüüptingimuste kehtivusega seotud probleeme pilveteenuse lepingus.

Töö viiendas peatükis on pilveteenuse olemust ja teises peatükis tehtud järeldusi silmas pidades püstitatud küsimus pilveteenuse lepingu vastavusest litsentsi-, teenuse osutamise ja kasutuslepingu tunnustele.

Magistritöö kirjutamisel on uuritud pilveteenuse ja pilveteenuse lepingu sisustamist Eesti õiguse kohaselt ning analüüsitud pilveteenust ja pilveteenuse osutamisel sõlmitavat lepingut ka EÜM-i ja tarbija õiguste direktiivi valguses. Võrdlus EÜM-i ja tarbija õiguste direktiiviga on ennekõike tingitud nendes normdokumentides sätestatud digitaalse infosisu mõistest, millega pilveteenus näib omavat mitmeid ühisjooni. Nimetatud võrdlusmaterjali kasutamine võimaldab terviklikuma ja objektiivsema hinnangu andmist töös adresseeritud pilveteenuse ja selle lepinguga seotud eraõiguslikele aspektidele.

Tingituna teema aktuaalsusest puudub pilveteenuse õiguslikke küsimusi käsitlev eestikeelne õiguskirjandus, mistõttu on töö kirjutamisel kasutatud peamiselt välisriikide õiguskirjandust ennekõike R. Marchini raamatu “Cloud Computing: A Practical Introduction to the Legal Issues” ja C. Millard raamatu “Cloud Computing Law” ning S. Bradshaw, M. Loos’i, A.

²⁶ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 25.10.2011 direktiiv 2011/83/EL, tarbija õiguste kohta, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 1999/44/EÜ ja millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiiv 85/577/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 97/7/EÜ. – ELTL 304, 22.11.2011, lk 64-88.

Cunningham'i ja C. Reed'i poolt kirjutatud teemakohaste artiklite näol. Samuti on kasutatud empiirilisi allikaid, pilveteenuste tehniliste küsimustega seondult on aga konsulteeritud IT-juhtimise ja konsultatsiooniettevõtte Hansson, Leego & Partner konsultandiga Eveli Pung. Pilveteenuse ja selle osutamiseks sõlmitava lepingu interpreteerimiseks siseriiklike seaduste valguses on põhilisteks allikateks olnud vastavate õigusaktide kommenteeritud väljaanded.

Käesolevas magistritöös ei ole uuritud pilveteenuse ega selle osutamiseks sõlmitava lepinguga seotud avalik-õiguslikke aspekte.

1. Pilveteenuse mõiste ja pilveteenuste liigid

1.1 Pilvandmetöötluse eristamine pilveteenusest

Üks võimalus pilveteenuse tähenduse avamiseks on seda teha mõiste pilvandmetöötlus (ingl *cloud computing*) sisustamise kaudu, kuna viidatud mõistete tähenduse, sisu ja sellest tingituna ka kasutuse osas pole asjakohane kirjandus alati järjekindel ja selge.

2011. a andis USA Standardite ja Tehnoloogia Riiklik Instituut (*National Institute of Standards and Technology*, NIST) välja eripublikatsiooni 800-145 “Standardite ja Tehnoloogia Riikliku Instituudi definitsioon pilvandmetöötlusele”, kus defineeris pilvandmetöötluse järgmiselt: “*Pilvandmetöötlus on mudel võimaldamaks kõikjal mugavat nõudmisel võrgujuurdepääsu ühisele konfigureeritavate andmetöötlusressursside kogule (nt võrgud, serverid, salvestid, rakendused ja teenused), mida saab soetada ja vabastada kiiresti, võimalikult vähese haldustööde tegemise või teenusepakkuja sekkumisega. See pilvemudel hõlmab viit olulist omadust, kolme teenusemudelit ja nelja kasutusvalmis seadmise mudelit.*” (edaspidi NIST definitsioon).²⁷ Kuigi tegemist on ühega paljudest kasutusel olevatest pilvandmetöötluse definitsioonidest, on see enim tsiteeritud.²⁸ NIST definitsioonis silmas peetud viis pilvandmetöötlusele iseloomulikke tunnust on alljärgnevad:

1. Nõudmisel iseteenindus: kasutaja saab ühepoolselt ja teenuse pakkuja poole spetsiaalselt pöördumata varuda andmetöötluse ressursse, nagu serveri aega ja võrgu mahtu.
2. Laiaulatuslik võrgujuurdepääs: arvutusvõimsused on kasutajale kättesaadavad võrguülelt ja ligipääsetavad standardsete mehhanismide kaudu (näiteks mobiiltelefonid, tahvelarvutid, sülearvutid ja tööjaamad).

²⁷ T. Grance, P. Mell. The NIST Definition of Cloud Computing: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology. – NIST Special Publication 800-145, 2011, p. 2. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>. 31.12.2013. Märkus: eestikeelne tõlge pärineb - Rahvusvaheline telekommunikatsiooni andmekaitse töörühm. Töödokument teemal pilvandmetöötlus: eraelu puutumatuse ja andmekaitse probleemid- “Spoti memorandum”, 24.04.2012, lk 1. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.aki.ee/sites/www.aki.ee/files/elfinder/article_files/Pilvandmet%C3%B6%C3%B6tlus%20-%20Sopoti%20memorandum.pdf. 31.12.2013

²⁸ C. Castro, C. Reed, R. de Queiroz. On the Applicability of the Common European Sales Law to some Models of Cloud Computing Services. P. 3. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2254993. 31.12.2013.

3. Ühised ressursid: teenuse pakkuja füüsilised ja virtuaalsed andmetöötamise ressursid on kasutatavad paljude poolt selliselt, et kliendil puudub reeglina igasugune kontroll ja teadmine ressursside täpse asukoha suhtes. Klient ei tea tavaliselt salvestussüsteemi, töötamise ja mälu kui ressursside täpset asukohta. Samas võib klient olla siiski teadlik, millises riigis või andmekeskuses viidatud ressursid paiknevad.
4. Paindlik mahtude muutmine: andmetöötamise võimsuse kohandamine toimub vastavalt vajadusele. Seejuures on kasutaja seisukohalt andmetöötamise ressursid tihti piiramatud.
5. Teenuse mõõtmine: pilvesüsteemid kontrollivad ja optimeerivad ressursside kasutamist automaatselt. Ressursside kasutus on monitooritud ning teenuse pakkuja poolt kontrollitud, mis võimaldab pilveteenuse läbipaistvust nii teenuse pakkuja kui ka tarbijale.²⁹

NIST definitsioonist nähtuvalt on pilvandmetöötamise eesmärk muuhulgas võimaldada mugavat võrgujuurdepääsu teenustele. Mõned pilvandmetöötamise määratlused keskenduvadki peaaesjalikult teenuste edastamise ja osutamise aspektile.³⁰ Nii on S. Goundar seisukohal, et pilvandmetöötamine viitab ühest küljest rakendustele, mida antakse üle internetis kui teenuseid ja teiselt poolt kujutab pilvandmetöötamine endast riist-ja tarkvara süsteemi pakkumaks teenuseid andmekeskustes. Ka J. Newton seostab omavahel pilvandmetöötamise ja pilveteenuse, leides, et pilvandmetöötamine kätkeb arvutuskeskuste pakkumist teenusena internetivõrgu vahendusel. Tema hinnangul on pilvandmetöötamise näol tegemist teatud kasuliku arvutamise mudeliga, mille puhul kasutaja saab vajadusel osta arvutusvõimsust, ilma et ta peaks tegema kulutusi taristule ostmaks ja kohandamiseks pilvandmetöötamise süsteemi spetsiaalselt iseenda jaoks, vaid pilvandmetöötamise kui mudeli keskseks ideeks on riistvara ja tarkvara pakkumine teenusena.³¹ R. Marchini nendib arvamuste paljusust pilvandmetöötamise peamiste tunnuste osas nii akadeemilisest, tehnoloogilisest kui ka ärilisest vaatenurgast, ent asub seisukohale, et üldjoontes viitab pilvandmetöötamine pakkuja poolt arvutusvõimsuse üleandmisele sideühenduse kaudu.³² R. Marchini ja J. Newtoni poolt viidatud arvutusvõimsus ja selle üleandmine annab omakorda märku teenuste pakkumisest. Maailma juhtiv infotehnoloogia uuringufirma Gartner on seisukohal, et pilvandmetöötamine on just teenustele orienteeritud. Pilvandmetöötamine kätkeb

²⁹ Grance, Mell, p. 2.

³⁰ Castro, Reed, de Queiroz, p. 4.

³¹ J. Newton. System supply contracts - C. Reed (ed). Computer Law. 7th edition, pp. 55-56. Oxford: Oxford University Press, 2011.

³² Marchini, p. 4.

seega võrgus edastatavaid infotehnoloogia teenuseid.³³ Pilvandmetöötluse ja pilveteenuse vaheline selge seotus nähtub ka K. Kushida jt käsitlest, mille järgi pilvandmetöötlusega edastatakse pilveteenuseid, nagu andmesalvestus, arvutamine, võrgustamine, mida pilveteenuse kasutajal on võimalik soovitud ajal, kohas ja mahus tarbida, tasudes pilveteenuse eest “maksan-palju-tarbin” põhimõttel.³⁴ Ka L. Vaquero jt esitatud pilvandmetöötluse definitsioon, mis põhineb rohkem kui kahekümnel erineval pilvandmetöötluse määratlusel, on sarnane eespool esitatute omadele.³⁵

Euroopa Komisjon on sisustanud pilvandmetöötlust andmete salvestamise, töötlemise ja kasutamiseks kaugarvutites, millele pääseb ligi interneti kaudu.³⁶ Pilveteenuse mõistet Euroopa Komisjon ega teised Euroopa Liidu institutsioonid üheselt selgitanud pole, vaid märkinud, et mitmesugused teenused, nagu veebipõhised e-posti teenused või suhtlusvõrgud, võivad põhineda just pilvetehnoloogial.³⁷

Eeltoodust nähtuvalt osutavad kõik käsitletud pilvandmetöötluse määratlused otseselt või kaudselt teenustele, täpsemalt pilveteenustele. Seda võib ka pidada põhjuseks, miks neid termineid tihti paralleelselt ja sünonüümina kasutatakse. Eestis on pilvandmetöötluse ja pilveteenuse sünonüümina kasutusel näiteks ka terminid “pilveraallindus”, “pilvemajutus”, “virtuaalserver”, “virtuaalne privaatserver”, “virtuaalserveri majutus”, “privaatserveri rent”, “pilvetehnoloogia”. Lisaks kasutatakse nii Eestis kui ka mujal pilveteenuse ja pilvandmetöötluse sünonüümina terminit “pilv”, kuna ajalooliselt on visualiseeritud internetti kui hõljuvat pilve andmevõrkude diagrammides.³⁸ Kuigi pilveteenuse ja pilvandmetöötluse samatähenduslik kasutus on laialdaselt levinud, on siiski oluline rõhutada, et viidatud mõisted pole tegelikult samased, vaid erimahulised.

³³ Gartner. Definition of Cloud Computing. Cloud Computing: It's the destination, not the journey that is important. - DevCentral Weblog, 2008. (viidatud: A. Cuza. Cloud Computing: the next big thing for small and medium businesses. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2277890. 06.01.2014.).

³⁴ K. Kushida, J. Murray, J. Zysman. The Gathering Storm: Analyzing the Cloud Computing Ecosystem and Implications for Public Policy. - Digiworld Economic Journal 85, 2012, p. 83.

³⁵ L. Vaquero *et al.* A break in clouds: towards a cloud definition. - Computer Communication Review, Vol. 39, No. 1, 2008, p. 51. Märkus: autori tõlge.

³⁶ Euroopa Komisjon. Pilvandmetöötluse võimaluste kasutamine Euroopas – mis see on ja mida see kasutaja jaoks tähendab? Memo/12/713, 27.09.2012, lk 1. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-713_et.htm. 08.01.2014

³⁷ Euroopa Komisjon (viide 36).

³⁸ S. Elunurm. Andmed pilves - palun täpsustage - kus? - Digiagentuur okia blogi, 25.07.2011. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.okia.ee/blog/2011/07/andmed-pilves-palun-tapsustage-kus/>. 31.12.2013.

Võrdlemisi selgelt eristab pilvandmetöötlust ja pilveteenust Rahvusvaheline Andmete Korporatsioon (*International Data Corporation, IDC*). Rahvusvahelise Andmete Korporatsiooni kokkuvõtliku käsitluse kohaselt on pilveteenus igasugune ettevõtte või tarbija teenus, mis muudetakse kättesaadavaks, edastatakse ja tarbitakse interneti vahendusel reaalajas. Pilvandmetöötlus on pilveteenusega võrreldes tunduvalt täpsemini defineeritud termin, kujutades endast infotehnoloogilist keskkonda, mis võimaldab pilveteenuste arendamist, kättesaadavaks muutmist ja tarbimist.³⁹ Autori hinnangul väljendab kirjeldatu, et ehkki pilvandmetöötlus tähendab abstraktsel tasemel toimuvaid protsesse (näiteks andmete lisamine, kuvamine, muutmine, salvestamine, kustutamine jne), on pilvandmetöötluse iseloom ja eesmärk selgemini määratletavad võrreldes pilveteenustega, mis erinevad omadustelt ja eesmärkidelt. Teisisõnu, kui räägitakse pilveteenusest, ei ütle see mõiste erinevalt pilvandmetöötlusest midagi veel vastava pilveteenuse eesmärgi või võimaluste kohta.

Eelnevalt käsitletu annab vaieldamatult tunnistust pilvandmetöötluse ja pilveteenuse eristamise keerukusest. Lihtsustatult lähenedes võib nentida pilveteenuse põhinemist pilvandmetöötlusel. Sellest tingituna on ka mõistetav, miks pilvandmetöötlust käsitletakse pilveteenuste aspektist ja nendega samastatakse. Pilvandmetöötlus on tegelikult aga pigem infotehnoloogiline lahendus, mis piltlikult öeldes asetseb ettevõtetele ja tarbijatele suunatud internetipõhiste pilveteenuste taga ning võimaldab interneti vahendusel pilveteenuste kasutamist. Võib öelda, et pilvandmetöötlus on katusmõiste – kõik erinevad pilveteenused toimivad pilvandmetöötluse katuse all.⁴⁰ Ka Eesti Andmekaitse Inspektsiooni käsitluse järgi on pilvandmetöötlus justkui katusmõiste, kuna hõlmab erinevaid teenusemudeleid (pilveteenuseid), mis võimaldavad andmete salvestamist, töötlemist ning suurt salvestusmahtu.⁴¹

Ülaltoodut arvesse võttes peab ka möönma, et rahvusvahelisel ega Eesti siseriiklikul tasandil pole suudetud kokku leppida ühtses terminoloogias. Seetõttu pole pilvandmetöötluse ja pilveteenuse terminite kasutamine ühetaoline. Lisaks vajab väljatoomist kokkuleppe puudumine viidatud mõistete definitsiooni⁴² osas. Autori hinnangul on see peaasjalikult tingitud erinevatest rõhuasetustest nende mõistete tunnuste osas. Pilvandmetöötluse

³⁹ F. Gens. Defining “Cloud Service” and “Cloud Computing”. – IDC, 23.09.2008. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://blogs.idc.com/ie/?p=190>. 06.01.2014.

⁴⁰ Eveli Punga suuline teade autorile 08.01.2014 Tartus. Edaspidi allmärkustes: Eveli Pung.

⁴¹ U. Parm. Pilvandmetöötlus. – Andmekaitse inspektsiooni veebileht, 29.05.2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <https://www.aki.ee/et/pilvandmetootlus>. 06.01.2014.

⁴² Autor on pilveteenuse definitsioonid esitanud ptk-s 1.2 erinevate pilveteenuste liikide sisustamise kaudu.

määratlustest võib üheks autoriteetsemaks pidada NIST-i poolt loodud definitsioon, samas kui pilveteenuse definitsioon on üldjuhul pigem pilvandmetöötlusest lähtuv ja selle kaudu sõnastatav. Samuti saab probleemina kaardistada oskussõnade paljusust sisult sama või sarnase nähtuse tähistamisel nii inglise kui ka eesti keeles. Kuivõrd ühtsus terminoloogias ja mõistete ühetähenduslikkus on õiguskeelele esitatav oluline nõue, on õigusselguse tagamiseks vajalik enne pilveteenuse õiguslike aspektidega tegelemist kokku leppida ühesuguses terminoloogias ja legaaldefinitsioonides.

Osutatud pilvandmetöötluse määratluste eeskujul on üheks võimaluseks sisustada pilvandmetöötlust järgmiselt: “Pilvandmetöötlus on infotehnoloogiliste tegevuste kogum, mis ulatusliku arvutusvõimsuse kaudu võimaldab pilveteenuste arendamist, kättesaadavaks tegemist ja kasutamist”.

1.2 Pilveteenuse liigid ja nende kättesaadavaks muutmise pilveteenuse kasutajale

Pilveteenuse sisu avaneb selgemalt selle erinevate tüüpide kaudu. Laiemalt aktsepteeritud NIST definitsiooni järgi võib pilveteenused jagada kolmeks: tarkvara kui teenus ehk tarkvara kasutamise teenus (ingl *Software as a Service*, SaaS); infrastruktuur kui teenus ehk infrastruktuuri kasutamise teenus (ingl *Infrastructure as a Service*, IaaS); platvorm kui teenus ehk platvormi kasutamise teenus (ingl *Platform as a Service*, PaaS).⁴³

Tarkvara kui teenus on üks põhjustest, miks pilveteenustes üldisemalt nähakse üksnes vana idee esitamist uues sõnastuses. Nimelt on idee tarkvara kasutamisest kaugarvutites (serverites) sama vana kui andmetöötlus, kuivõrd varasem tarkvara kasutamine kujutas endast terminaalide kaudu ligipääsu keskarvutile või büroo teenuste kaudu arvutusvõimsusele.⁴⁴ Samal kontseptsioonil põhineb ka tarkvara teenus. Tarkvara kui pilveteenus tähendab, et pilveteenuse kasutaja tarbib pilveteenuse pakkujale kuuluvat tarkvara, millest tulenevalt ei pea kasutaja ise kulutusi tarkvarale tegema. Pilveteenuse kasutajale pakutakse selle teenuse mudeli puhul pilve infrastruktuuril, mis kujutab endast pilveraallindust võimaldavat riistvara ja tarkvara süsteemi, toimivaid rakendusi selliselt, et need on kliendile kättesaadavad näiteks veebilehitseja kaudu.⁴⁵ Sellele kirjeldusele vastab populaarne veebipõhine e-posti teenus

⁴³ Grance, Mell, pp. 2-3.

⁴⁴ Marchini, p. 3.

⁴⁵ Grance, Mell, p. 2.

Gmail, mida on võimalik näiteks veebilehitsejaga Firefox kasutada. Samuti on tarkvara teenuse Google'i poolt pakutav kontoritarkvarapakett Google Docs. Tarkvara pakkumisel pilveteenusena ei pea selle teenuse kasutaja vastavat rakendust, näiteks Gmail, Google Docs, oma arvutisse alla laadima ega installerima, vaid saab internetiühenduse ja veebilehitsejaga juurdepääsu soovitud rakendustele.⁴⁶ Võttes arvesse eeltoodut on tarkvara pilveteenust niisiis kõige lihtsam defineerida kui teisele isikule kuuluva tarkvara kasutamist võrguühenduse kaudu.

Tarkvara kasutamise teenusele on iseloomulik, et see teenuse liik, teisisõnu tarkvararakendused, on kujundatud lõppkasutajate jaoks. Samas eeldavad nende rakenduste töölepanekuga seotud protsessid omakorda teatud (programmeerimis)vahendite ja teenuste olemasolu.⁴⁷ Selleks, et lõppkasutaja saaks tarkvararakendusi ise kasutama hakata, on niisiis vajalikud teatud etapid, mis väljenduvad ühtlasi ka ülejäänud kahes pilveteenuse tüübis.

Esiteks on oluline infrastruktuuri olemasolu, s.o füüsilised serverid, virtuaalmasinad ja võrguühendus. Pilveteenus infrastruktuuri kasutamise teenusena tähendabki andmetöötluse, andmesalvestuse, võrguühenduse ja teiste fundamentaalsete arvutusressursside pakkumist teenuse kasutajale nii, et talle on seeläbi lõpuks tagatud operatsioonisüsteemide ja rakenduste kaudu töötav tarkvara.⁴⁸ See pilveteenus on virtuaalselt ja pilvepõhiselt füüsilise riistvara, nagu näiteks protsessorid ja kõvakettad, asendamine.⁴⁹ Tänu infrastruktuuri teenusele vabaneb selle pilveteenuse kasutaja järelkult kohustusest hankida vajalik riistvara, kuna saab kasutada pilveteenuse pakkuja oma. Lihtne näide infrastruktuuri teenusest on veebimajutuse teenus, mille puhul näiteks ettevõtte kodulehekülge haldab spetsiaalne veebimajutust pakkuv ettevõtte.⁵⁰ Sellisel juhul võib infrastruktuuri teenus hõlmata kodulehekülje valmistamist, programmeerimist. Kuigi infrastruktuuri teenus hõlmab enamasti kui üksnes veebimajutust, sest kätkeb tegelikult laialdasel valikul riistvara kasutamist erinevatel otstarvetele, on see pilveteenus peamiselt tuntud siiski veebimajutuse poolest, mistõttu nimetatakse seda ka pilvemajutuseks (ingl *cloud hosting*).⁵¹

⁴⁶ Marchini, p. 5.

⁴⁷ Castro, Reed, de Queiroz, p. 4.

⁴⁸ Grance, Mell, p. 3.

⁴⁹ Kushida, Murray, Zysman, p. 70.

⁵⁰ Marchini, p. 5.

⁵¹ *Ibid.*

Infrastruktuuri teenuse puhul peab selle teenuse saaja teenuse pakkuja poolt antud infrastruktuurile installeerima n-ö universaalse baastarkvara ehk andmebaasi tarkvara, veebiserveri tarkvara, arendaja töövahendid, mille abil saab mistahes infosüsteeme, sealhulgas ka pilveteenuste omasid, luua. Seejärel on teenuse saajal võimalik hakata konkreetset tarkvararakendust, mis kasutab andmebaasi ja millele on juurdepääs veebiserveri kaudu.⁵² Lisaks sellele, et mõni ettevõtte ongi spetsialiseerunud infrastruktuuri kasutamise teenuse pakkumisele, on eelkirjeldatu ühtlasi etapp, kuidas valmis tarkvararakendus näiteks Google Docs'i näol lõpuks kasutajani jõuab. Kui teenuse pakkuja on keskendunud vaid tarkvara teenuse pakkumisele, on see samm ja ka allkirjeldatu lihtsalt tema poolt juba eelnevalt ära tehtud võimaldamaks valmis tarkvararakenduse kasutamist lõppkasutajale.⁵³

Teiseks tarkvararakendusi "käivitavaks" etapiks ja pilveteenuseks on platvormi kasutamise teenus. Selle pilveteenuse puhul annab teenuse pakkuja sarnaselt infrastruktuuri kasutamise teenusele omalt poolt füüsilised serverid, virtuaalmasinad ja võrguühenduse. Erinevalt infrastruktuuri teenusest on teenuse pakkuja siin aga infrastruktuuri peale juba universaalse baastarkvara ära installeerinud ja teenuse pakkuja poolt ette antud infrastruktuuril oleva platvormi (näiteks spetsiifiline vahevara, arendaja töövahendid) peal ka pilverakenduse valmis programmeerinud, nii et teenuse lõppkasutaja saabki hakata konkreetset pilveteenuse rakendust kasutama.⁵⁴ Platvormi kui pilveteenuse puhul pakub teenuse pakkuja rakenduste keeruka arendamise ja majutuse lahendusi. Tavaliselt on need teenused mõeldud ettevõtjatele, kes kasutavaid neid firmapäraste rakenduspõhiste lahenduste arendamiseks ja majutuseks, et vastata oma ettevõtte vajadustele ja/või pakkuda teenuseid kolmandatele isikutele.⁵⁵ Seega annab teenuse pakkuja sellisel juhul omalt poolt infrastruktuuri ja platvormi, kuhu ettevõtja oma ettevõttesiseselt arendab peale pilveteenuse infosüsteemi ja müüb seda omakorda näiteks lõppkasutajatele (tarkvara teenuse kasutajatele) ise edasi.

Eeltoodust nähtuvalt on kõik pilveteenuse liigid omavahel tihedalt seotud. Need teenuse mudelid "istuvad" justkui üksteise peal: kõige alumisel tasandil asub infrastruktuuri teenus, sellele järgneb platvormi teenus ja tipus asub tarkvara kui teenus.⁵⁶ Tarkvara teenuse

⁵² Eveli Pung.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Artikli 29 alusel loodud andmekaitse töörühm, lk 26.

⁵⁶ Erinevate pilveteenuste liikide omavahelist seotust ja osatähtsust tarkvararakenduse jõudmisel lõppkasutajani, on võimalik näitlikustada järgmiselt: 1) teenuse pakkuja annab infrastruktuuri (s.o infrastruktuuri kasutamise teenus) – teenuse pakkuja annab valgustatud garaaži; 2) teenuse pakkuja annab platvormi (s.o platvormi kasutamise teenus) – teenuse pakkuja annab haamri, naelad, puitlauad; 3) klient programmeerib tarkvararakenduse – isa meisterdab garaažis haamri, naelade ja puitlaudade abil tabureti valmis; 4) lõppkasutaja

pakkujad on oma pilveteenused üles ehitanud tuginedes teiste pakkujate poolt võimaldatud infrastruktuuri või platvormi teenusele, kuigi paljud tarkvara pilveteenuse pakkujad kasutavad ka oma isiklikku füüsilist või tarkvara infrastruktuuri.⁵⁷ Tarkvara teenus on käsitletud pilveteenuse liikidest kõige sagedamini kasutatav, peaaesjalikult just tarbijate hulgas, mis pole ka üllatav, kuivõrd erinevalt ülejäänud kahest pilveteenuse tüübist ei nõua selle pilveteenuse kasutamine keerulisi tehnilisi eelteadmisi, vaid võimaldab tarkvararakenduse kasutamist kiiresti, spetsiifilist tarkvara installeerimata.⁵⁸

Kirjeldatud pilveteenused võivad olla kättesaadavaks tehtud kõigile või üksnes spetsiaalsele kasutajale. Esimesel juhul on tegemist avaliku pilvega, mis tähendab, et pilveteenuste pakkumiseks vajalik infrastruktuur kuulub reeglina mõnele ettevõttele, kes müüb üldsusele pakutavaid pilveteenuseid omakorda edasi.⁵⁹ Teenuse pakkuja annab oma süsteemi kasutajate, ettevõtete ja/või avalike haldusasutuste käsutusse ja jagab nendega seda. Teenuseid saab kasutada interneti kaudu ning see eeldab andmetöötlustoimingute ja/või andmete edastamist teenuse pakkuja süsteemi.⁶⁰ Kuna pilveteenuse lõppkasutajale jääb pilveteenuse pakkuja kuuluvate operatsioonisüsteemide, serverite jm tarbimine selleks, et tarkvara rakendusi kasutada, nähtamatuks, tähistatakse kogu kirjeldatud tegevust ka toimumisena kusagil “pilves”. Seega sümboliseerib pilv tegelikult pilveteenuse pakkuja andmekeskuse riist-ja tarkvara kasutamist.

Nagu mainitud, on mõned pilveteenused kättesaadavad ainult kindlale kasutajale ning sellisel juhul saab rääkida privaatpilvest. Privaatpilve puhul kasutab infrastruktuuri, millel pilveteenus põhineb, vaid üksainus organisatsioon.⁶¹ Privaatpilv võib asuda organisatsiooni arvutiruumis või andmekeskuses ning selle haldamist korraldab organisatsiooni enda infotehnoloogia osakond, mis tähendab, et vastav organisatsioon omab täielikku kontrolli andmekeskuse, infrastruktuuri, võrguühenduste üle. Samas võib privaatpilve haldamisega tegeleda allhanke korras ka mõni teine ettevõtte näiteks serverimajutust pakkudes. Viimati nimetatut on atraktiivne lahendus organisatsioonidele, kes ei soovi või saa lubada ise arvutiruumi või andmekeskuse ehitamist.⁶² Privaatpilvede kasutamist soosib asjaolu, et

hakkab tarkvararakendust kasutama (s.o tarkvara kasutamise teenus) – lapsed ja ema kasutavad taburetti istumiseks. Eveli Pung.

⁵⁷ C. Millard. *Cloud Computing Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 4, 13.

⁵⁸ Millard, p. 5.

⁵⁹ A. Finn *et al* (eds). *Microsoft Private Cloud Computing*. Indianapolis: Wiley, 2012, p. 9.

⁶⁰ Artikli 29 alusel loodud andmekaitse töörühm, lk 25.

⁶¹ Grance, Mell, p. 3.

⁶² Finn *et al*, p. 9.

enamasti ei suuda ükski avaliku pilve pakkuja tagada sellist teenuse kvaliteeti, mis vastaks kliendi teenuse olulisusele.⁶³

Avaliku pilve ja privaatpilve kõrval tuntakse ka kogukondlikku ja hübriidpilve. Kogukondliku pilve puhul kasutab pilveteenust ja selle pakkuja ressursse spetsiifiline tarbijate rühm, mis moodustub sarnaste huvidega organisatsioonidest. Kogukondlikku pilve võib omada, hallata ja opereerida üks või mitu organisatsiooni vastavast tarbijate rühmast, samuti kolmas isik või kombinatsioon eeltoodust.⁶⁴ See mudel on kahtlemata kasulik valitsusasutustele. Kui erinevad valitsusasutused opereerivad sarnaste suuniste järgi, võiksid nad kõik jagada ka sama infrastruktuuri ja hoida selle arvelt ühele valitsusasutustele tehtavates kulutustes kokku.⁶⁵ Hübriidpilve puhul kasutab organisatsioon rohkem kui ühte tüüpi pilve. Kasutatakse privaatpilvel ja avalikul pilvel põhinevaid pilveteenuseid, mistõttu võib hübriidpilve vaadata ka nende vahepealse lahendusena, mis ühendab endas parima mõlemast.⁶⁶

R. Marchini toob eelkäsitletud kasutuselevõtu mudelite kõrval välja ka tarbijapilve, millena ta vaatleb tarbijate poolt interneti vahendusel kasutatavaid pilveteenuseid, näiteks Hotmail'i ja Gmail'i.⁶⁷

Eeltoodut arvesse võttes saab sedastada pilveteenuste tüüpide ning nende raames pilveteenuse kasutajatele osutatavate konkreetsete pilveteenuste, kui ka pilveteenuste kättesaadavaks tegemise viiside, paljusust. Seejuures on oluline rõhutada infrastruktuuri ja platvormi teenuste rolli iseseisvate pilveteenuste liikidena ning teisest küljest ka nende osatähtsust kasutamiskõlblik tarkvararakenduse ehk tarkvara teenuse jõudmisel lõppkasutajani.

⁶³ Artikli 29 alusel loodud andmekaitse töörühm, lk 26.

⁶⁴ Grance, Mell, p. 3.

⁶⁵ S. Gnanasundaram, A. Shrivastava (eds). *Information Storage and Management: Storing, Managing, and Protecting Digital Information in Classic, Virtualized, and Cloud Environments* (2nd edition). Indianapolis: Wiley, 2012, p. 321.

⁶⁶ Marchini, p. 8.

⁶⁷ *Ibid.*

2. Pilveteenuse osutamisel sõlmitava lepingu ese

2.1 Pilveteenus kui kaup

Platvormi teenuse puhul pakub teenuse osutaja kasutajale platvormi tarkvararakenduse kirjutamiseks ja loomiseks nii, et selle teenuse kasutajal tuleb tarkvararakendus ise valmis programmeerida ja seda hallata, ning infratstruktuuri teenusega tagatakse tarkvararakenduse toimiseks vajaliku varustuse olemasolu⁶⁸, mistõttu on põhjendatud viidatud pilveteenuste pealiskaudsem käsitlemine ja keskendumine tarkvara pilveteenusele. Just tarkvara teenuse puhul sõlmivad pilveteenuse pakkuja ja kasutaja omavahel lepingu tänu millele jõuab kasutajani ka valmis tarkvararakendus, mida spetsiifiliste infotehnoloogiliste oskusteta lõppkasutaja saab seejuures hakata kohe iseseisvalt kasutama, sest tarkvara teenuse pakkuja on juba eelnevalt teinud tarkvararakenduse toimimiseks vajaliku.⁶⁹

Pilveteenust ei ole defineeritud Eesti ega Euroopa Liidu õigusaktides, mistõttu tuleb vaadata, kas pilveteenust oleks võimalik käsitleda kauba kui traditsioonilise lepinguesemena.

Eesti õiguses sätestab kauba mõiste kaubandustegevuse seaduse⁷⁰ (edaspidi KaubTS) § 2 p 4, mille järgi on kaup müügiks pakutav või müüdav vallasasi. Selleks, et tarkvara teenust pidada KaubTS tähenduses kaubaks, peab tegemist olema vallasasjaga. Tsiviilseadustiku üldosa seaduse⁷¹ (edaspidi TsÜS) § 50 lg 2 määratleb vallasasja kinnisasja kaudu: *“Asi, mis ei ole kinnisasi, on vallasasi”*. TsÜS § 49 lg 1 järgi on asi ise kehaline ese. TsÜS-i kommentaaride järgi eristatakse asja tunnustena kolme kriteeriumi: meeltega tajutavus, ruumiline piiritletus ning võimalus teostada faktilist võimu, s.o vallata.⁷² Nende kolme kriteeriumi järgi on järelikult võimalik otsustada, kas tarkvara pilveteenus on asi. Tarkvara pilveteenus kätkeb

⁶⁸ Bodle Law. SaaS Agreements- SaaS, PaaS, IaaS – Is There a difference? March 2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.bodlelaw.com/saas/saas-agreements-saas-paas-iaas-is-there-a-difference>. 19.01.2014.

⁶⁹ Erinevalt varasemast, mil ettevõtted müüsid riist-ja tarkvara näol tehnoloogiat, mida nn keskmine mõistlik isik ja väikeettevõtja ostjatena pidid ise hakkama seadistama, pakub pilveteenus igakülgset kasutaja vajadustele vastavat teenust, ja seda mitte ettevõttesisese tehnoloogia toel, vaid pilveteenuse pakkujalt tasuta või väikeste kuludega saadud täieliku “paketi” kaudu. A. Cunningham, C. Reed. Caveat Consumer?- Consumer Protection & Cloud Computing Part 1 – Issues of Definition in the cloud. – Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 130/2013, p. 7. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2202758. 19.01.2014.

⁷⁰ Kaubandustegevuse seadus. RT I 2004, 12, 78 ... RT I 2010, 22, 108.

⁷¹ Tsiviilseadustiku üldosa seadus. RT I 2002, 35, 216 ... RT 13.03.2014, 3.

⁷² P. Varul jt (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2010, § 49/3.1.1.

tarkvararakenduste kasutamist. Kõik, kes kasutavad näiteks Gmail'i, kasutavad niisiis tarkvararakendust ennast, mida pakub Google kui tarkvara pilveteenuse pakkuja oma andmekeskuses asuvates serverites paiknevate operatsioonisüsteemide kaudu.⁷³ Seega on tarkvara kasutamise väljundiks tegelikult tarkvararakendused, tarkvara pilveteenuse ja tarkvararakenduse vahele võib asetada võrdusmärgi. Tarkvara kasutamine kui pilveteenus on tarkvararakenduse kaudu meeltega tajutav ja ka ruumiliselt piiritletud, kuna tarkvararakendus võtab enda alla teatud osa tarkvarast. Kuivõrd vastavalt TsÜS-i kommentaaridele määratakse TsÜS § 49 lg-ga 1, millele saab kohaldada asjaõigust⁷⁴, tuleb asja kolmas tunnus ehk võimalus teostada faktilist võimu sisustada asjaõigusseaduse⁷⁵ (edaspidi AÕS) kaudu. Valdus on tegelik võim asja üle (AÕS § 32). AÕS-i kommentaaride kohaselt tähendab tegelik võim võimalust asja mõjutada ja teiste isikute mõjuavaldusi asjalt välistada.⁷⁶ Tarkvara pilveteenusega saab kasutaja endale pilveteenuse pakkuja tarkvara kasutamise õiguse, mis väljendub tegelikult tarkvararakenduse kasutamises. Tarkvararakenduse ja sellest tingituna ka tarkvara enda üle omab teenuse kasutaja kindlasti teatud kontrolli. Näiteks pilvepõhiste e-posti teenuste puhul väljendub teiste isikute mõjuavalduste kõrvaldamise võimalus e-postkasti kaitsmises salajase parooliga. Teiste isikute mõjuavalduste välistamine on autori arvates sisuliselt võimalik kõikide tarkvara pilveteenuste puhul, kus tarkvararakenduse kasutamine eeldab konto loomist ja kasutajatunnuse, salajase parooli sisestamist.

Teisest küljest, kuna tarkvara pilveteenuse puhul saab pilveteenuse kasutaja endale kõigest õiguse tarkvara kasutamiseks, tarkvara ning tarkvararakendus asuvad suuremas osas jätkuvalt pilveteenuse pakkuja faktilise võimu all, on võimalik asuda ka seisukohale, et tarkvara pilveteenusega ei kaasne selle kasutajale tegelikku võimu, kontrolli pilveteenuse üle. Kuivõrd tarkvara kasutamiseks mõeldud pilveteenus sarnaneb arvutiprogrammiga⁷⁷, ühtib eelkirjeldatu ka TsÜS-i kommentaaride käsitlesega. TsÜS-i kommentaaride kohaselt ei ole arvutiprogramm asi, vaid mõttetegevuse tagajärjel tekkinud immateriaalne hüve.⁷⁸ Nentides

⁷³ S. Macpherson. What do SaaS, PaaS and IaaS mean? September 2011. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://boxfreeit.com.au/2011/09/25/what-do-saas-paas-and-iaas-mean/>. 19.01.2014.

⁷⁴ Varul jt (viide 72), § 49/1.

⁷⁵ Asjaõigusseadus. RT I 1993, 39, 590 ... RT I 13.03.2014, 3.

⁷⁶ P. Päna. Asjaõigusseadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2004, § 32/6.

⁷⁷ Tarkvara on arvutile antavad käsud. Mingi tegumi sooritamiseks vajalikku käsujada nimetatakse programmiks. Tarkvara jaguneb kahte suurde kategooriasse – süsteemitarkvaraks ja rakendustarkvaraks. Süsteemitarkvara koosneb juhtprogrammidest nagu operatsioonisüsteem ja andmebaasihaldurid (DBMS), rakendustarkvara hulka kuuluvad kõik programmid, mis töötlevad kasutaja poolt ette nähtud andmeid (tekstitöötlus, tabelarvutus, raamatupidamine jne). Tarkvara - E-teatmik. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.vallaste.ee/index.htm>. 19.01.2014. Edaspidi allmärkustes: E-teatmik.

⁷⁸ Varul jt (viide 72), § 49/3.1.3.

tarkvara pilveteenuse kasutaja faktilise võimu puudumist teenuse pakkujale kuuluva tarkvara üle, pole ka pilveteenus vaadeldav asja, vaid pigem immateriaalse hüvena.

Juhul, kui arvutiprogrammid talletatakse kehalistele kandjatele (CD-ROM-dele vms), muutuvad need TsÜS-i kommentaaride kohaselt asjadeks hoolimata sellest, et asja väärtus ja majanduslik otstarve sõltub hoopis sellest informatsioonist, mis on vastavale infokandjale talletatud.⁷⁹ Sama ei ole võimalik aga täheldada tarkvara pilveteenuse puhul. Tarkvara kasutamisel ei talleta pilveteenuse kasutaja pakkujale või kolmandale isikule kuuluvat tarkvara ise ühelegi füüsilisele andmekandjale, vaid pääseb tarkvarale ligi arvuti või nutiseadmega internetiühenduse olemasolu korral. Seega ei muutu tarkvara kasutamiseks mõeldud pilveteenus asjaks, vaid säilitab mittekehalise hüve staatuse. Sellest tulenevalt pole tarkvara pilveteenuse puhul tegemist kaubaga KaubTS § 2 p 4 mõttes.

Samasugune lähenemine on näiteks ka Inglise õiguses, kus leitakse, et tarkvara, mis antakse üle füüsilisel andmekandjal, on käsitlev kaubana, erinevalt tarkvarast, mida on võimalik osta ja alla laadida interneti veebilehekülje vahendusel, mis pole immateriaalsuse tõttu kaup.⁸⁰ Kuigi VÕS § 1063 lg 1 järgi loetakse tooteks muuhulgas arvutitarkvara, pole pilveteenuse immateriaalsusest tingituna tegemist ka tootega viidatud sätte tähenduses, sest VÕS § 1063 lg 1 käsitleb VÕS-i kommentaaride kohaselt arvutitarkvarana tarkvara asjastatud, s.o kehalisel kujul (nt salvestatuna andmekandjale).⁸¹

Erinevalt KaubTS-st, ei pea tarbijakaitseseaduse⁸² (edaspidi TKS) § 2 p 3 kohaselt kaup olema üksnes vallasasi, vaid kaup on kauplejale pakutav, müüdav või muul viisil turustatav asi või õigus. Kuna tarkvara pilveteenuse puhul pakutakse tarkvara kasutamist, on TKS § 2 p 3 kohaselt tegemist kaubaga. Ka M. Kingisepp leiab, et tarbijale pakutavaks ja müüdavaks õiguseks võib näiteks olla tarkvara kasutamise õigus.⁸³ Seega võib TKS-i regulatsioonile tuginevalt väita, et tarkvara pilveteenus on esemeks TsÜS § 48 tähenduses õigusena.

Eeltoodust nähtuvalt ei võimalda Eesti õigusaktid tarkvara kasutamise teenuse käsitlemist ühetaoliselt kaubana. EÜM art 2 p (h) toetab seisukohta, et tarkvara pilveteenus pole kaup, kuivõrd EÜM art 2 p (h) sätestab sarnaselt KaubTS-ga kaubana vallasasja. Tarbija õiguste

⁷⁹ Varul jt (viide 72), § 49/3.1.3.

⁸⁰ Cunningham, Reed (viide 69), lk 27.

⁸¹ P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus III. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2007, § 1063/3.1.

⁸² Tarbijakaitseseadus. RT I 2004, 13, 86 ... RT I, 31.12.2013, 1.

⁸³ M. Kingisepp. Tarbijakaitseõigus Euroopa Liidus ja Eestis. Tallinn: Läte, 2010, lk 53.

direktiivi art 2 p (3) kohaselt on samuti kaubaks materiaalne vallasvara, välja arvatud, asjad, mida müüakse sundkorras või muul seadusest tuleneval viisil. Ehkki nii EÜM-i art 2 p (h) kui ka tarbija õiguste direktiivi art 2 p (3) järgi on kauba mõistega selgesõnaliselt hõlmatud vesi, gaas ja elekter, kui need pannakse müüki piiratud mahus või kindlaksmääratud koguses, ei sätesta nimetatud normid pilveteenust kaubana. Seega pole viidatud Euroopa Liidu normdokumentide järgi tarkvara pilveteenuse puhul tegemist kaubaga.

Autor peab tarkvara pilveteenuse kaubana kvalifitseerimise küsimuse valguses vajalikuks tähelepanu juhtida TKS-is sisalduvale vastuolule tarbija õiguste direktiiviga. Tarbija õiguste direktiivi art 4 kohaselt ei sätesta liikmesriigid siseriiklikes õigusaktides ega kehtesta nendega sätteid, mis erinevad direktiiviga kehtestatud, sealhulgas ei rangemaid ega vähem rangeid sätteid, millega tagataks tarbijakaitse erinev tase, kui käesolevas direktiivis ei ole sätestatud teisiti. Seega nähakse tarbija õiguste direktiiviga ette maksimumharmoniseerimine. 12. detsembril 2013. a võttis Riigikogu vastu võlaõigusseaduse ja tarbijakaitseaduse muutmise seaduse⁸⁴ (edaspidi VÕS ja TKS muutmise seadus), mis jõustub 13. juunil 2014. a. Selle seadusega võetakse Eesti õigusesse üle tarbija õiguste direktiiv.⁸⁵ Ehkki tarbija õiguste direktiivi art 2 p (3) järgi on kauba mõiste tunduvalt kitsam võrreldes TKS § 2 p-st 3 tuleneva kauba definitsiooniga, sest ei sätesta kaubana õigusi, pole VÕS ja TKS muutmise seadusega ette nähtud TKS § 2 p 3 muutmist. Kuigi TKS-s sisalduv kauba mõiste on laiem ja sellest tulenevalt pakub TKS ulatuslikumat kaitset muuhulgas tarkvara pilveteenuse tarbijast kasutajale, pole TKS-i vastavasisulise sätte muutmata jätmine kooskõlas tarbija õiguste direktiivi maksimum ühtlustamise eesmärgiga.

Kuigi käesoleva töö eesmärgiks on kvalifitseerida tarkvara kasutamise teenus, peab autor vajalikuks märkida, et tulenevalt asjaolust, et tarkvara pilveteenusele iseloomuliku immateriaalsuse tõttu pole selle käsitlemine kaubana EÜM-i, tarbija õiguste direktiivi ning Eesti õiguses vähemalt KaubTS järgi võimalik, tuleb eitada ka teiste pilveteenuse liikide kvalifitseerumist kaubaks. Platvormi teenusega varustatakse kasutajat vajalike “tööriistadega” tarkvararakenduste loomiseks, infrastruktuuri teenusega aga selle pilveteenuse pakkuja või kolmandale isikule kuuluva infotehnoloogilise ressursi, s.o riistvaraga. Seega ei saa viidatud pilveteenuste puhul rääkida materiaalsest väliskujust.

⁸⁴ Võlaõigusseaduse ja tarbijakaitseaduse muutmise seadus. RT I, 31.12.2013, 1.

⁸⁵ Võlaõigusseaduse ja tarbijakaitseaduse muutmise seaduse eelnõu SE 505 seletuskiri. Lk 1. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&page=pub_file&file_id=49247fe8-ca4d-1d67-e689-74a1a71639dc&. 21.01.2014.

2.2 Pilveteenus kui teenus

Sarnaselt kauba mõistega ei defineeri VÕS teenust, kuigi sätestab teenuse osutamise lepingute kohta käiva regulatsiooni. Teenuse osutamise lepingute esemest lähtuvalt on otstarbekas tarkvara pilveteenuse sisustamisel teenusena silmas pidada teenuse osutamise lepingute kohta sätestatut.

Teenuse osutamise lepingud võib sisuliselt jagada kaheks, käsundus- ja töövõtulepingu tüüpi lepingud. VÕS-i kommentaaride järgi saab eristada kahte tüüpi käsunduslepingu alusel osutatavaid teenuseid ning vastavalt sellele ka käsunduslepinguid: 1) teenused kui faktilised toimingud, nt õpetamine, vara hooldamine jms ning 2) teenused, mis seisnevad käsundiandja asjade ajamises, nt tegutsemine juriidilise isiku juhtorgani liikmena vms.⁸⁶ Kirjeldatu valguses kattuks tarkvara pilveteenuse olemusega esimene variant – tarkvara pilveteenus on faktiline toiming, väljendudes pilveteenuse pakkuja kuuluva tarkvara kasutamises. Sama saab täheldada ka platvormi ja infrastruktuuri teenuse puhul, sest kumbki ei väljenda pilveteenuse pakkuja asjade ajamist.

Teenuse mõiste, täpsemalt infoühiskonna teenuse määratluse, sätestab infoühiskonna teenuse seadus⁸⁷ (edaspidi InfoTS). InfoTS kontekstis on infoühiskonna teenuseks teenus, mida osutatakse majandus- või kutsetegevuse raames teenuse kasutaja otsesel taotlusel ja mille puhul andmeid töödeldakse, säilitatakse ja edastatakse digitaalkujul andmete töötlemiseks ja säilitamiseks mõeldud elektrooniliste vahendite abil, kusjuures osapooled ei viibi üheaegselt samas kohas (InfoTS § 2 p 1). Ka lisab InfoTS § 2 p 1, et infoühiskonna teenus peab olema täielikult üle kantud, edastatud ja vastu võetud elektrooniliste sidevahendite abil. InfoTS-ga on Eesti õiguskorda üle võetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2000/31/EÜ⁸⁸ (edaspidi e-kaubanduse direktiiv). E-kaubanduse direktiivi preambula p 18 kohaselt kuuluvad infoühiskonna teenuste hulka teenused, mis seisnevad teabe edastamises sidevõrgu kaudu, sidevõrgule juurdepääsu pakkumises või teenuse saaja antud teabe talletamises. Kuivõrd tarkvara teenuse osutaja teeb interneti vahendusel tarkvararakenduse kasutajale tema initsiatiivil kättesaadavaks tarkvararakenduse ning selle kasutamine kätkeb viidatud

⁸⁶ Varul jt (viide 81), § 619/3.2.

⁸⁷ Infoühiskonna teenuse seadus. RT I 2004, 29, 191 ... RT I, 06.01.2011, 1.

⁸⁸ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 08.06.2000. a direktiiv 2000/31/EÜ, infoühiskonna teenuste teatavate õiguslike aspektide, eriti elektroonilise kaubanduse kohta siseturul (direktiiv elektroonilise kaubanduse kohta). – EÜT L 178, 17.07.2000, lk 1-16 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 13, kd 25, lk 399-414).

õigusaktides nimetatud toiminguid, saab vähemalt esmapilgul väita, et infoühiskonna teenuse võrdlemisi lai määratlus võimaldab jaatada tarkvara teenuse vastavust infoühiskonna teenuse tunnustele InfoTS ja e-kaubanduse direktiivi kohaselt. Sama saab täheldada ka platvormi ja infrastruktuuri teenuse puhul.

Samas on nii InfoTS kui ka e-kaubanduse direktiivi valguses ebaselge, kas infoühiskonna teenuse mõistega on muuhulgas hõlmatud tasuta osutatavad teenused. Arvestades, et tarkvararakenduse kasutamine võib toimuda ka tasu maksmise kohustuseta ning pilveteenuse pakkuja võib võimaldada isegi sama tarkvararakenduse kasutamist kliendile teatud tingimustel tasuta või tasu eest, on osundatu oluline tasuta tarkvara teenuste kvalifitseerimisel infoühiskonna teenusena. InfoTS § 2 p-s 1 sätestatud infoühiskonna teenuse mõiste ei sõnasta infoühiskonna olemusliku tunnusena tasu maksmist, millest tulenevalt võib järeldada, et infoühiskonna teenus InfoTS mõttes võib olla nii tasuline kui ka tasuta teenus. E-kaubanduse direktiivi preambula p 18 järgi laienevad infoühiskonna teenused samuti teenustele, mille eest nende saajad ei maksa. Seevastu e-kaubanduse direktiivi art 2 p-s (a) sätestatu kohaselt, mis teeb omakorda viite Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivile 98/34/EÜ⁸⁹ (edaspidi direktiiv 98/34 EÜ), on infoühiskonna teenuseks kõik vahemaa tagant elektroonilisel teel ja teenusesaaja isikliku taotluse alusel ning tavaliselt tasu eest osutatavad teenused. Seega on e-kaubanduse direktiiv infoühiskonna teenuse tasulisuse osas vastuoluline. Sellest tingituna jääb küsitavaks ka tasuta tarkvara kasutamise teenuse ja teiste pilveteenuse tüüpide määratlemise võimalikkus infoühiskonna teenusena e-kaubanduse direktiivi kohaselt. Autor märgib, et e-kaubanduse direktiivi preambula p 18 ja art p 2 (a) koostoimes lugedes, tuleks siiski pigem toetada ka tasuta pilveteenuse kvalifitseerimist infoühiskonna teenusena.

Kuivõrd autor nentis pilveteenuse kvalifitseerimist infoühiskonna teenusena InfoTS mõttes, on asjakohatu püstitada küsimust pilveteenuse vastavusest mõnele elektroonilise side seaduses⁹⁰ (edaspidi ESS) nimetatud teenuse, nagu elektroonilise side teenus, seotud teenus, üldkasutatav elektroonilise side teenus, tunnustele. ESS § 1 lg 3 järgi ei laiene kõnealune seadus infoühiskonna teenusele InfoTS tähenduses. Probleemaatilisem on selle seisukoha paikapidavus Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2002/21/EÜ⁹¹ (edaspidi

⁸⁹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 22.06.1998. a direktiiv 98/34/EÜ, millega nähakse ette tehnilistest standarditest ja eeskirjadest teatamise kord. – EÜT L 204, 21.07.1998, lk 37-48 (eestikeelne eriväljaanne ptk 13, kd 20, lk 337-348).

⁹⁰ Elektroonilise side seadus. RT I 2004, 87, 593 ... RT I, 05.07.2013, 1.

⁹¹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 07.03.2002 direktiiv 2002/21/EÜ, elektrooniliste sidevõrkude ja – teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (raamdirektiiv). – EÜT L 108, 24.04.2002, lk 33-50 (eestikeelne eriväljaanne ptk 13, kd 29, lk 349-366).

raamdirektiiv) art 1 p (c) valguses. Nimetatud direktiiv võeti Eesti õiguskorda üle just ESS-ga. Selle direktiivi art 1 p (c) järgi ei kuulu elektrooniliste sideteenuste hulka direktiivi 98/34/EÜ art-s 1 määratletud teenused, mis ei seisne tervikuna või peamiselt signaalide edastamises elektrooniliste sidevõrkude kaudu. Järelikult nõuab raamdirektiiv erinevalt ESS-st tuvastamist, kas pilveteenuse eesmärgiks on tervikuna või peamiselt signaalide edastamine elektrooniliste sidevõrkude kaudu. Autori hinnangul ei ühti kirjeldatu üldjuhul pilveteenuse olemusega. Pilveteenused seonduvad ennekõike andmete salvestamise, haldamise, töötlemisega. Seda seisukohta toetavad ka J. P. Sluijs jt, kes samastavad pilveteenused andmete salvestamisele ja töötlemisele suunatud infotehnoloogiliste teenustega, märkides, et pilveteenused ei ole tervikuna või peamiselt suunatud signaalide edastamisele elektrooniliste sidevõrkude kaudu, vaid pilveteenused ise vajavad interneti teenuse pakkujaid (ingl *internet service providers*) võimaldamaks elektrooniliste sidevõrkude kaudu signaalide edastamist ning vastuvõtmist.⁹² Samas ei välistaks autor täielikult võimalust, et mõni pilveteenus vastab omadustelt siiski ülalkirjeldatud tunnustele ning on seega raamdirektiivi kohaselt käsitletav elektroonilise side teenusena.

Tarkvara, platvormi kui ka infrastruktuuri kasutamise teenus ühtivad Euroopa Liidu teenuste direktiivi rakendamise seaduse⁹³ (edaspidi TDRS) § 3 lg-s 2 sätestatud teenuse määratlusega osas, mille kohaselt on teenus Euroopa Liidu toimimise lepingu⁹⁴ (edaspidi ELTL) artiklis 57 nimetatud mistahes iseseisev majandustegevus.⁹⁵ Nii nagu e-kaubanduse direktiivi on ka TDRS-i puhul küsitav, kas on ikka võimalik sedastada, et pilveteenus on iseseisev majandustegevus, mida tavaliselt osutatakse tasu eest. Autori arvates ei ole võimalik seda tõsikindlalt väita, sest paljud lõppkasutajani jõudvad tarkvararakendused ei eelda tihtipeale selle kasutamise eest tasu maksmist.⁹⁶ Samas on oluline silmas pidada, et enamik tasuta pilveteenuseid pakkuvaid ettevõtteid saavad vastavate pilveteenuste osutamisest siiski tulu näiteks reklaamide näol. Tulu "tasuta" pilveteenusest võib saabuda ka tulevikus. Nimelt võib klient küll algselt, s.o katseperioodil kasutada pilveteenust tasuta, ent teatud aja pärast muutub vastav pilveteenus tema jaoks tasuliseks. Nii on levinud ka skeem, kus pilveteenuse pakkuja müüb kogu ettevõtte või osa sellest investoritele, keda veendakse selles, et hetkel pilveteenust

⁹² Vt täpsemalt: J. P. Sluijs, P. Larouche, W. Sauter. Cloud Computing in the EU Policy Sphere: Interoperability, Vertical Integration and the Internal Market. - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce law, Vol. 3, 2012, p. 23.

⁹³ Euroopa Liidu teenuste direktiivi rakendamise seadus. RT I 2009, 63, 408 ... RT I 2010, 31, 158.

⁹⁴ Euroopa Liidu toimimise leping. – ELT, eestikeelne väljaanne: 2010/C 083/01, kd 53.

⁹⁵ ELTL art 57: Teenuste hulka kuuluvad eelkõige: a) tööstuslik tegevus, b) kaubanduslik tegevus, c) käsitööstuslik tegevus, d) vabakutseline tegevus.

⁹⁶ Vt selle kohta ka käesoleva töö lk 74.

tasuta kasutavad kliendid on tegelikult kasumi allikaks tulevikus.⁹⁷ Seda silmas pidades võib mõõnda TDRS-i kohaldumist ka tasuta pilveteenustele. Pilveteenuste pakkumine klientidele on äri, kus ettevõtted on huvitatud kasumist. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2006/123/EÜ teenuste kohta siseturul⁹⁸ (edaspidi teenuste direktiiv), mille rakendusaktiks Eesti õiguses on TDRS, eesmärgiks on hõlmata teenuseid, mida osutatakse just majanduslikel kaalutlustel. TDRS-i ja teenuste direktiivi kohaldamisala laiendamine tasuliste pilveteenustele lisaks ka tasuta pilveteenustele, ühtiks niisiis viidatud direktiivi eesmärgiga. Seega leiab autor, et pilveteenus vastab TDRS-is ja teenuste direktiivis sätestatud teenuse käsitlusele.

Tuginedes eelnevale, on autor seisukohal, et pilveteenus vastab oma tunnustelt Eesti õiguses ja käsitletud siseriiklike õigusaktide aluseks olevates Euroopa Liidu direktiivides sätestatud teenuse määratlusele.

Tarbija õiguste direktiivi ja EÜM-i valguses on pilveteenuse kvalifitseerimine teenusena komplitseeritud. Tarbija õiguste direktiivis pole teenuse mõistet sõnastatud, ehkki direktiivi reguleerimisalas on teenuseleping (art 2 p (8)). Ka EÜM-ist puudub teenuse definitsioon, kuid art 2 p (m) sisustab seotud teenuse, mis on kauba või digitaalse infosisuga seotud teenus, nagu näiteks paigaldamine, hooldus, parandamine või muul viisil töötlemine, mida osutab kauba või digitaalse infosisu müügilepingu kohaselt või kauba või digitaalse infosisu müügilepinguga samal ajal sõlmitud seotud teenuse osutamise lepingu kohaselt. Viidatud normi järgi ei ole seotud teenus veoteenus, koolitusteenus, elektroonilise side tugiteenus ning finantsteenuse. Kuna pilveteenus pole EÜM art 2 p (h) mõttes kaup, on välistatud pilveteenuse määratlemine kaubaga seotud teenusena. Kõne alla võib tulla tarkvara pilveteenuse sisustamine seotud teenusena EÜM art 2 p (m) tähenduses. Selleks tuleb aga esiteks analüüsida pilveteenust digitaalse infosisu aspektist. Kuivõrd autor on varasemalt jõudnud järeldusele, et pilveteenus pole tarbija õiguste direktiivi ega EÜM-i tähenduses käsitletav kaubana ning nimetatud Euroopa Liidu normdokumendid ei sätesta ka teenuse määratlust, tõusetub niisiis küsimus pilveteenusest kui digitaalsest infosisust. Nimetatud küsimust on autor adresseerinud järgmises peatükis.

⁹⁷ Cunningham, Reed (viide 69), lk 6.

⁹⁸ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12.12.2006. a direktiiv 2006/123/EÜ, teenuste kohta siseturul. – ELT L 376, 27.12.2006, lk 36-68.

2.3 Digitaalne infosisu ja digitaalse infosisu üleandmise leping

Eesti õigusaktid digitaalse infosisu mõistet ei sätesta, vaid see tuleneb EÜM-ist ja tarbija õiguste direktiivist.

EÜM art 2 p (j) kohaselt tähistab digitaalne infosisu andmeid, mis on toodetud ja mida edastatakse digitaalsel kujul ning mis võivad olla toodetud ostja kirjelduse kohaselt, sealhulgas video-või audiosisu, piltide või tekstina esitatav digitaalne infosisu, digimängud, tarkvara ning digitaalne infosisu, mis võimaldab olemasoleva riist-või tarkvara personaliseerida. EÜM art 2 p (j) sisaldab ka loetelu, mida digitaalse infosisuna käsitleda ei saa. Muuhulgas ei ole digitaalne infosisu uue digitaalse infosisu loomine ja olemasoleva digitaalse infosisu muutmine tarbija poolt või teiste kasutajate poolt loodu kasutamine muul viisil. Tarbija õiguste direktiivi art 2 p-st 11 tulenev digitaalse infosisu määratlus ühtib EÜM-is sätestatuga – digitaalne infosisu on andmed, mis on toodetud ja edastatud digitaalsel kujul. Seega eristavad mõlemad normdokumendid digitaalset infosisu kaubast ja teenusest.

Autor on korduvalt rõhutanud, et tarkvara kasutamine pilveteenusena jõuab lõppkasutajateni tarkvararakenduse kaudu. Nii on võimalik kasutada näiteks Google'i kui teenuse pakkuja tarkvara ja selle kasutamine väljendub näiteks Google'i pakutava tarkvararakenduse Google Docs'i kasutamises. Google Docs võimaldab luua kasutajal tekste, dokumente ja salvestada need teenuse pakkuja Google'i serverisse ja teiste Google Docs'i kasutajatega oma dokumente jagada. Teisisõnu seisneb selle näite puhul Google'i tarkvara kasutamine teatud andmete loomises, salvestamises, jagamises. Kirjeldatu on selle pilveteenuse olemus. EÜM art 2 p (j) kohaselt on digitaalseks infosisuks ka tarkvara. Antud näite puhul seega Google'i tarkvara. Google'i tarkvara on viidatud EÜM-i sättest tulenevalt seega digitaalne infosisu. Kuivõrd tarkvara kasutamine ehk pilveteenus hõlmab tarkvara kui digitaalset infosisu, on üheks võimaluseks vastavat pilveteenust samuti käsitleda digitaalse infosisuna. Sellist lähenemist näib esmapilgul toetavat ka tarbija õiguste direktiivi preambula p-s 19 sisalduv digitaalse infosisu määratlus. Selle kohaselt tähendab digitaalne infosisu andmeid, mis on toodetud ja tarnitud digitaalsel kujul, nagu arvutiprogrammid, rakendused, mängud, muusika, videod või tekstid, sõltumata sellest, kas neile pääseb ligi allalaadimise kaudu või voogedastuse abil, füüsilisel andmekandjal või muul moel. Kuna tarkvararakenduse kaudu jõuabki pilveteenuse pakkuja poolt võimaldatud tarkvara konkreetse pilveteenuse lõppkasutajani, on tarbija õiguste direktiivi järgi rakendused, see tähendab, et ka tarkvararakendused ehk teisisõnu tarkvara pilveteenused digitaalne infosisu.

Eelnevalt grammatilisel tõlgendamisel tehtud järeldus tarkvara pilveteenuse võimalikust kvalifitseerimisest digitaalse infosisuna ei ole autori hinnangul siiski kooskõlas EÜM-st ega ka tarbija õiguste direktiivist tuleneva digitaalse infosisu määratluse mõttega. EÜM art 2 p (j) järgi on digitaalseks infosisuks peaaesjalikult erinevad digitaalsel kujul andmed, sealhulgas tarkvara. Järelikult viitab digitaalse infosisu määratlus millelegi passiivsele. Pilveteenus vastupidiselt teatud tegevusele, hüve osutamisele, aktiivsusele. Nii pole pilveteenus digitaalne infosisu, vaid suunatud digitaalse infosisu, milleks on teenuse pakkuja tarkvara EÜM art 2 p (j) tähenduses, kasutamisele ja tarbimisele. Pilveteenust iseloomustava funktsionaalsuse valguses muutub küsitavaks ka selle kvalifitseerimine digitaalse infosisuna tarbija õiguste direktiivis. Seega on digitaalne infosisu hoopis pilveteenuse lepingu objektiks.

Autor peab eelneva ja alljärgneva täpsustamiseks vajalikuks märkida, et tema hinnangul on võimalik tarkvara pilveteenust digitaalse infosisu ja selle üleandmiseks sõlmitava lepingu aspektist vaadata kahel viisil. Esiteks tarkvara kui digitaalse infosisu vaatenurgast – pilveteenuse lepingu alusel on kliendil õigus kasutada teenuse pakkuja tarkvara. Teiseks on võimalik aga rõhutada digitaalse infosisu ja pilvelepinguga tarkvara pilveteenuse kasutajale üleantavaid digitaalsel kujul tekste, muusikat, pilte jms ning mitte tarkvara, mille kasutamises tegelikult pilveteenuse olemus väljendub. Autor leiab, et esimesest aspektist vaadatuna on tarkvara pilveteenuse lepingu kvalifitseerimine digitaalse infosisu üleandmise lepinguna pigem ebatõenäoline, kuivõrd EÜM-i vastavasisulised sätted kehtivas sõnastuses näivad rohkem silmas pidavat tarkvara pilveteenuse kasutajale üleantavaid tekste, pilte jms. Castro jt on seisukohal, et kuivõrd tarkvara teenuse osutaja ei paku tavaliselt konkreetset tarkvara paketti, vaid teenuse osutaja võib näiteks erinevatel päevadel võimaldada isesuguse tarkvara kasutamist, saab klient tarkvara pilveteenusega osa selle funktsionaalsusest ning selline pilveteenus on pigem teenuse kui kauba sarnane.⁹⁹ Sellest aspektist sarnaneks tarkvara teenuse leping seega pigem teenuse osutamise lepinguga, mis on väljaspool EÜM-i kohaldamisala, samas kui digitaalse infosisu üleandmise leping on müügilepingu tüüpi leping.¹⁰⁰

Tarkvara pilveteenuse osutamisel sõlmitava lepingu kvalifitseerimist digitaalse infosisu üleandmise lepinguna on autor alljärgnevalt põhjalikumalt analüüsinud just teisest vaatenurgast.

⁹⁹ Castro, Reed, de Queiroz, p. 11.

¹⁰⁰ Vt selle kohta täpsemalt käesoleva töö lk 29-30.

EÜM-i preambula p 17 järgi peaks EÜM-i normistiku reguleerimisala hõlmama digitaalse infosu üleandmise lepinguid. Digitaalse infosu üleandmine selle salvestamiseks, töötlemiseks või kasutamiseks ja korduvkasutamiseks, nagu näiteks muusika allalaadimine, areneb kiiresti ja sellel on märkimisväärsed õiguslikke erinevusi ja ebakindlust (EÜM preambula p 17). Nii sätestabki EÜM art 5 p (b) selgesõnaliselt, et EÜM-i normistikku võib kohaldada digitaalse infosu üleandmise lepingute suhtes, mida kasutaja saab salvestada, töödelda või kasutada ja taaskasutada, sõltumata sellest, kas kõnealune infosu edastatakse füüsilisel andmekandjal või mitte, ja sellest, kas digitaalne infosu antakse üle tasu eest või tasuta. Sellest johtuvalt on tarkvara kasutamiseks mõeldud pilveteenuse lepingu puhul tegemist digitaalse infosu üleandmise lepinguga, kui pilveteenuse kasutajale antakse lepinguga üle digitaalne infosu, mida kasutajal on võimalik salvestada, töödelda või kasutada ja taaskasutada. Kõnealuse pilveteenuse liigi puhul tarbib vastava tarkvararakenduse kasutaja pilveteenuse pakkuja tarkvara ning pilveteenuse pakkuja edastab selle teenuse kasutajale erinevaid digitaalsel kujul andmeid näiteks tekstide, piltide või muusika näol. Tarbija saab salvestada, töödelda või kasutada internetiühenduse kaudu digitaalset infosu, mida hoitakse kolmandale isikule kuuluvas serveris.¹⁰¹ Kuivõrd tarkvara pilveteenus võib olla tasuline teenus, mille eest saab maksta paindlikult iga kasutuse eest eraldi või kuutasu kaupa, kuid ka tasuta teenus¹⁰², ühtib sellise pilveteenuse osutamiseks sõlmitav leping järelikult EÜM art 2 p (j) digitaalse infosu üleandmise lepingu määratlusega lisaks eelnevale ka selles osas.

Tingituna tarkvara pilveteenuste mitmekesisusest ja nende erinevast suunitlusest pole siiski kõik tarkvara pilveteenuse lepingud digitaalse üleandmise lepingud. Esiteks piirab tarkvara pilveteenuste lepingute kvalifitseerimist EÜM art 2 p (j) (vi) kohane piirang, mille järgi pole digitaalne infosu uue digitaalse infosu loomine ja olemasoleva digitaalse infosu muutmine tarbija poolt või teiste kasutajate poolt loodu kasutamine muul viisil. Mitmed pilveteenused, sealhulgas Google Docs ja Dropbox, kannavad seejuures just eelkirjeldatud funktsioone. Teiseks tuleks silmas pidada EÜM-i eesmärki, millest tingituna kahaneb tarkvara kasutamise teenuse osutamise lepingute hulk digitaalse infosu üleandmise lepingutena

¹⁰¹ Department for Business Innovation & Skills (BIS). Enhancing consumer confidence by clarifying consumer law. - Consultation on the supply of goods, services and digital content. July 2012, p. 143. Arvutivõrgus. Kättesaadav:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31350/12-937-enhancing-consumer-consultation-supply-of-goods-services-digital.pdf. 18.01.2013. Märkus: tarkvara "jooksutamine" võib otseloomulikult toimuda ka pilveteenuse pakkuja enda serveris.

¹⁰² Euroopa Komisjon (viide 36).

märgatavalt. EÜM-i preambula p-st 16 nähtuvalt peaks EÜM-i kohaldama eelkõige vallasasjade müügi suhtes, kaasa arvatud asjaomase kauba valmistamise ja tootmise suhtes, sest tegemist on majanduslikult tähtsaima lepingu liigiga, millel võiks olla märkimisväärsed võimalused edendada piiriülest kaubandust, eelkõige e-kaubanduse näol. Ka Euroopa Parlamendi õigusasjade komisjon on juhtinud tähelepanu asjaolule, et EÜM-i kohaldamisala peaks peaaesjalikult hõlmama müügilepingu tüüpi lepinguid.¹⁰³ Ehkki digitaalse infosisu üleandmise lepingu eripäraks on digitaalne lepinguese, on nimetatud leping põhikohustustelt siiski sarnane müügilepinguga, muud moodi poleks põhjendatav ka ühtse EÜM-i regulatsiooni laiendamine müügilepingule ja digitaalse infosisu üleandmise lepingule. Sarnaselt VÕS § 208 lg-s 1 sisalduva müüja põhikohustusega anda müügilepingu esemeks olev asi ostjale üle, näevad EÜM art 91 p-d (a) ja (b) ette nii müüja kui ka digitaalse infosisu üleandja (s.o pilveteenuse pakkuja) üleandmise kohustuse. Üleandmise kohustuse olemasolu nagu nähtub ka digitaalse infosisu üleandmise lepingu nimetusest, võib pidada olulisimaks tarkvara kasutamise teenuse lepingu kvalifitseerimisel. Samasugusele järeldusele on jõudnud ka C. Castro jt, selgitades, et kui tegemist on tarkvara pilveteenusega, mille puhul digitaalne infosisu, mis asub juba pilveteenuse pakkujale või kolmandale isikule kuuluvas serveris, saadetakse pilveteenuse kasutajale, on tegemist digitaalse infosisu üleandmisega EÜM-i tähenduses, v.a EÜM art 2 p-s (j) sätestatud erandite rakendumisel.¹⁰⁴ Sel põhjusel pole võimalik rääkida digitaalse infosisu üleandmisest tarkvara pilveteenuste puhul, mille peamiseks eesmärgiks on võimaldada vastava pilveteenuse kasutajal hoopis digitaalse infosisu salvestamist. Järelikult ei toimu pilveteenuse pakkuja poolt digitaalse infosisu üleandmist, kui tarbija laeb üles ja salvestab oma digitaalse infosisu pilves ning jagab digitaalset infosisu teistega. Sellisel juhul on vastav pilveteenus suunatud digitaalse infosisu salvestamise võimaldamisele ning tegemist on lihtsalt tavalise teenuse osutamise lepinguga.¹⁰⁵

Seda seisukohta jagab ka M. Loos. Ta leiab samuti, et digitaalse infosisu edastamiseks mõeldud pilveteenus kuulub EÜM-i reguleerimisalasse, kuid digitaalse infosisu salvestamine kolmanda isiku pilves tähendab, et õigussuhe tarbija ja kolmanda isiku vahel ei ole müügilepingusarnane.¹⁰⁶ Seega ei võimalda EÜM kehtivas sõnastuses paljude pilveteenuste

¹⁰³ Committee on Legal Affairs. Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (COM(2011)0635-C7-0329/2011-2011/0284(COD)). 24.09.2013, p. 11. Arvutivõrgus. Kättesaadav

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130925ATT71873/20130925ATT71873EN.pdf>, 18.01.2014.

¹⁰⁴ Castro, Reed, de Queiroz, p. 10.

¹⁰⁵ Department for Business Innovation & Skills (BIS), p. 134.

¹⁰⁶ M. Loos. The regulation of digital content B2C contracts in CESL. - Amsterdam Law School Studies Research Paper No 2013-60, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2013-10, p. 6.

puhul pilveteenuse lepingupooltele EÜM-i kohast kaitset. EÜM-i reguleerimisala laiendamise vajalikkust on adresseerinud Euroopa Parlamendi õigusasjade komisjon 24. septembri 2013. a EÜM-i muudatusettepanekus, leides, et EÜM-i ulatust tuleks laiendada digitaalse infosisu või seotud teenuste pakkumisele pilves, ennekõike kui digitaalne infosisu on allalaaditav müüja pilvest või ajutiselt salvestatud pakkuja pilves.¹⁰⁷

M. Loos on veendumusel, et pilveteenusega selle kasutajale pakutavat salvestamise võimalust võib vaadelda seotud teenusena EÜM-i art 2 p (m)¹⁰⁸ tähenduses, mis tähendaks vastavasisulise lepingu suhtes siiski EÜM-i rakendamist.¹⁰⁹ EÜM art 5 p (c) järgi võib EÜM-i normistikku kohaldada seotud teenuse osutamise lepingute suhtes, sõltumata sellest, kas seotud teenuse osutamise eest lepitakse kokku eraldi hinnas või mitte. Kui digitaalse infosisu üleandmise lepinguga hõlmatud teenused ei ole seotud teenused, pole ka EÜM-i kohaldamine võimalik. Leetakse, et leping, mille eesmärgiks on võimaldada kliendil digitaalselt infosisu pilveteenuse pakkuja pilves hoiustada, ei ole siiski seotud teenuse osutamiseks sõlmitav leping, vaid tavaline teenuse osutamise leping, mida EÜM ei reguleeri.¹¹⁰ Sellest järeldub autori hinnangul, et digitaalse infosisu salvestamise, hoiustamise kõrval peab toimuma ka digitaalse infosisu üleandmine, et käsitleda salvestamist ja hoiustamist seotud teenustena.

Lisaks nimetatule, ei tohiks seotud teenus digitaalse infosisu üleandmisega olla kaudselt seotud.¹¹¹ Näide lisateenuse kaudsest seotusest on C. Castro jt hinnangul pilveteenuse leping, mille alusel toimub muusika kui digitaalse infosisu üleandmine pilveteenuse pakkujalt kasutajale, kuid mis lisaks muusika edastamisele lubab kasutajal ka isikliku muusika esitusloendit koostada ja seda teiste sama pilveteenuse kasutajatega jagada. Muusika esitusloendi koostamise ja jagamise võimaldamine on pilveteenuse pakkujapoolse muusika edastamisega, s.o muusikapalade kuulamise tagamine, liiga kaudselt seotud, millest tulenevalt pole tegemist seotud teenusega.¹¹² Seega võib kirjeldatud tarkvara kasutamiseks sõlmitud pilveteenuse lepingut tõenäoliselt segatüüpi lepinguks pidada, mille suhtes EÜM art 6 p 1 järgi EÜM ei kohaldu.

¹⁰⁷ Committee on Legal Affairs, p. 11.

¹⁰⁸ EÜM art 2 p (m) sätestab: seotud teenus – kauba või digitaalse infosisuga seotud teenus, nagu näiteks paigaldamine, hooldus, parandamine või muul viisil töötlemine, mida osutab kauba või digitaalse infosisu müügilepinguga samal ajal sõlmitud seotud teenuse osutamise lepingu kohaselt, välja arvatud (i) veeteenused, (ii) koolitusteened, (iii) elektroonilise side tugiteened ning, (iv) finantsteened.

¹⁰⁹ Loos (viide 106), lk 6.

¹¹⁰ Department for Business Innovation & Skills (BIS), p. 132.

¹¹¹ Castro, Reed, de Queiroz, p. 12.

¹¹² *Ibid.*

Lisaks eeltoodule osutub tarkvara kasutamise pilveteenuse lepingu määratlemine digitaalse infosisu üleandmise lepinguna EÜM art 5 p (b) tähenduses problemaatiliseks põhjusel, et viidatud normi on tõlgendatud selliselt, et digitaalse infosisu korduvkasutamine on kumulatiivne tingimus lepingu kvalifitseerimiseks digitaalse infosisu üleandmise lepinguna.¹¹³ Tarkvara korduvkasutamisest ei ole aga võimalik rääkida kõikide tarkvara kasutamiseks mõeldud pilveteenuste lepingute puhul. Tarkvara korduvkasutamist ei kaasne selliste tarkvara pilveteenustega, mis võimaldavad digitaalse infosisu voogedastust (ingl *streaming*)¹¹⁴, mistõttu ei kvalifitseeru selline pilveteenuse leping C. Castro jt hinnangul reeglina digitaalse infosisu üleandmise lepinguna ega kuulu EÜM-i kohaldamisalasse.¹¹⁵ Samas leiavad C. Castro jt, et eristada tuleks ühekordset voogedastust, näiteks spordivõistluse reaalajas ülekannet, ja digitaalset infosisu, mis muudetakse voogedastuse kaudu kliendile korduvalt kättesaadavaks. Kuna voogedastatav digitaalne infosisu tarbitakse esimese puhul koheselt reaalajas, võimaluseta seda taaskasutada, ei ole tegemist digitaalse infosisu üleandmise lepinguga. Kuivõrd teisel juhul on digitaalse infosisu korduv voogedastamine võimalik, kuulub seda võimaldav tarkvara pilveteenus ja selle osutamiseks sõlmitav leping EÜM-i kaitsealasse.¹¹⁶ Tuntud muusikakeskkonna Spotify toimimise põhimõte on samuti voogedastus. Tegemist on muusika voogedastusele suunatud pilveteenusega, mis lubab sama muusikapala mitmeid kordi kuulata, mis tähendab, et selle pilveteenuse kasutamisel sõlmib muusika kuulaja lepingu digitaalse infosisu üleandmiseks.

Digitaalse infosisu korduvkasutamist tuleb eitada ka platvormi ja infrastruktuuri pilveteenuste puhul. Kuigi platvormi ja infrastruktuuri teenused on kasutaja perspektiivist andmed, mis on toodetud ja edastatakse digitaalsel kujul (EÜM art 2 p (j)) ehk digitaalne infosisu, toimub digitaalse infosisu üleandmine andmetöötluse eesmärgil mitte korduvkasutamiseks.¹¹⁷ Selle all mõeldakse, et platvormi ja infrastruktuuri teenused kujutavad endast vajalikke etappe, et lõppkasutajal oleks võimalik tarkvararakendust kasutada. Kogu digitaalse infosisu, mida need pilveteenused kätkevad, eesmärgiks on tarkvararakenduse kasutamise võimaldamine lõppkasutajale, mistõttu pole võimalik rääkida digitaalse infosisu korduvkasutamisest EÜM preambula p 17 tähenduses. Seega on platvormi ja infrastruktuuri teenused väljaspool EÜM-i kohaldamisala.

¹¹³ R. Ortiz, P. Viscasillas. The scope of the Common European Sales Law: B2B, goods, digital content and services. - Journal of International Trade Law & Policy, Vol .11, Issue 3, 2012, p. 247.

¹¹⁴ Voogedastus on selline tehnika audio-ja videofailide edastamiseks üle interneti, kus andmeid töödeldakse pideva voona (ingl *stream*) sedamööda, kuidas nad kohale jõuavad. Audio-või videofail hakkab voogedastuse puhul mängima otsekohe. E-teatmik.

¹¹⁵ Castro, Reed, de Queiroz, p. 8.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 11.

Kuigi tarbija õiguste direktiivi kohaldamisalas on sarnaselt EÜM-iga digitaalse infosisu tarnimise lepingud (tarbija õiguste direktiivi preambula p 19), on sellekohane regulatsioon tarbija õiguste direktiivis naxisõnalisem. Tarbija õiguste direktiivi preambula p 19 järgi ei loeta lepinguid digitaalse infosisu kohta, mida ei tarnita füüsilisel andmekandjal, müügi-ega teenuselepinguteks. Olgugi, et p 19 ei täpsusta sõnaselgelt, millise lepinguliigiga on viidatud juhul tegemist, võib tarbija õiguste direktiivi mõtte kohaselt eeldada, et sellisel juhul on tegemist digitaalse infosisu tarnimise lepinguga. Kuivõrd tarkvara pilveteenuse lepingu alusel ei toimu digitaalse infosisu edastamist füüsilisel andmekandjal, saab asuda seisukohale, et tarkvara pilveteenuse leping kvalifitseerub tarbija õiguste direktiivi kohaselt tõenäoliselt digitaalse infosisu tarnimise lepinguna.

Võttes arvesse eeltoodut, on autor seisukohal, et ehkki põhimõtteliselt võib jaatada tarkvara teenuse osutamiseks sõlmitava lepingu kvalifitseerimist digitaalse infosisu üleandmise lepinguna EÜM-i tähenduses, ei võimalda EÜM-i regulatsioon kehtivas sõnastuses seda siiski kõikide tarkvara pilveteenuse lepingute puhul. Tingituna tarkvararakenduste erinevatest funktsioonidest ja omadustest tuleb hinnata tarkvara teenuse lepingu vastavust digitaalse infosisu üleandmise lepingu tunnustele vastava tarkvararakenduse eripära silmas pidades igal konkreetsel juhul eraldi. Nagu mainitud, ei sätesta tarbija õiguste direktiiv EÜM-i kohaseid piiranguid, mistõttu kvalifitseerub tarbijaga sõlmitud tarkvara teenuse leping tarbija õiguste direktiivi järgi digitaalse infosisu tarnimise lepinguna.

3. Pilveteenuse lepingu subjektid

3.1 Pilveteenuse osutajad

Pilveteenuse osutamisel tekkivad lepingulised õigussuhted on keerukamad kui esmapilgul tundub. See on tingitud pilveteenusega seotud õigussuhete ning nendesse hõlmatud õigussubjektide paljususest, mida tarkvararakenduse lõppkasutajal on tihtipeale võimatu aduda.

Iga pilveteenuse liigiga võib olla seotud mitu teenuse osutajat, kelle olemasolust ei pruugi klient alati teadlik olla. Näiteks on kliendi jaoks pilveteenus Dropbox pakutavate võimaluste poolest käsitletav tarkvara teenusena, kuid samas kasutab pilveteenuse pakkuja Dropbox ise Amazon'ile, mis on samuti tuntud pilveteenuse pakkuja, kuuluvat infrastruktuuri. Nii on Amazon Dropbox'i suhtes vaadeldav infrastruktuuri pilveteenuse pakkujana ja Dropbox ise vastava pilveteenuse kasutaja.¹¹⁸ Mõlemal tasandil sõlmitakse pilveteenuse osutamist reguleerivad lepingud. Klient ehk tarkvararakenduse kasutaja, eelmise näite puhul Dropbox'i kasutaja, sõlmib seejuures reeglina lepingu üksnes pilveteenusega seotud õigussuhete ahelas talle kõige lähemal asuva teenuse pakkujaga.¹¹⁹ Viidatud näites tekib kliendi (s.o Dropbox'i pilveteenuse kasutaja) jaoks lepinguline suhe seega vaid Dropbox'i mitte Amazon'iga. Amazon ja Dropbox on omakorda eelnevalt sõlminud infrastruktuuri teenuse lepingu, et toimetada kliendini Dropbox'i tarkvara teenus. Seega on õigussuhete paljususe üheks põhjuseks asjaolu, et tarkvara teenuse pakkuja ei kasuta tarkvararakenduse kättesaadavaks tegemisel tingimata oma infrastruktuuri, vaid infrastruktuuri või platvormi pilveteenuse kasutajana hoopis nimetatud teenuse pakkuja infrastruktuuri, toimetamaks tarkvararakendus lõppkasutajani.¹²⁰ Infrastruktuuri ja platvormi pakkujat nimetatakse sellisel juhul *sub-provider*'iks.¹²¹

Euroopa Komisjon on eristanud pilvekeskkonnas järgmiseid subjekte pilveteenuse osutajatena: pilveteenuse pakkujad (ingl *cloud providers*), pilveteenuse edasimüüjad või

¹¹⁸ W. K. Hon, J. Hörnle, C. Millard. Data Protection Jurisdiction and Cloud Computing- when are cloud users and providers subject to EU Data Protection Law? The Cloud of Unknowing. – International Review of Law, Computers & Technology, Vol. 26, No 2-3, November 2012, p. 131.

¹¹⁹ Marchini, p. 6.

¹²⁰ Millard, p. 33.

¹²¹ *Ibid.*

erinevate pilveteenuste ühendajad (ingl *cloud resellers or aggregators*), tarkvara teenuse pakkujad (ingl *cloud adopters or software/services vendors*), pilveteenuse osutamiseks vajalike vahendite pakkujad (ingl *cloud tool providers*).¹²² Pilveteenuse pakkujad pakuvad vastavat pilveteenust ennekõike platvormi ja infrastruktuuri teenuse näol. Pilveteenuse edasimüüjad või ühendajad aga ühendavad pilveteenuse pakkujatel pärinevad pilve platvormid, et võimaldada näiteks oma klientidele suurema ressursiga infrastruktuuri. Tarkvara teenuse pakkujate puhul on Euroopa Komisjoni käsitluses tegemist pilveteenuse osutajatega, kes arendavad pilveteenuse pakkujate või edasimüüjate platvormide abil omakorda välja lõppkasutajatele suunatud tarkvararakenduse. Pilveteenuse tööriista pakkujad ei osuta ise pilveteenuseid, vaid üksnes selleks vajalikke vahendeid.¹²³

J. Cave jt eristavad pilveteenuse pakkujaid (ingl *cloud service providers*), maaklereid (ingl *cloud service brokers*), edasimüüjaid (ingl *cloud resellers*), tarkvara kasutamise teenuse¹²⁴ pakkujaid (ingl *cloud-hosted service providers*).¹²⁵ Pilveteenuse pakkujad pakuvad eelkäsitletud subjektidele erinevaid pilveteenuseid, samas kui pilveteenuse maaklerid keskenduvad tarbijate ja pilveteenuse pakkujate vaheliste õigussuhete läbirääkimistele, omamata ja juhtimata tarkvararakendusteks vajalikku infrastruktuuri. Samas võivad maaklerid pilveteenuse pakkujale kuuluvale infrastruktuurile “üles ehitada” lisateenuseid ning sellisel juhul on nad vaadeldavad juba tarkvara kasutamise teenuse pakkujatena. Pilveteenuse edasimüüjad on tavaliselt kohalikud infotehnoloogia konsultatsiooniettevõtted, kes müüvad vastavat pilveteenust tarkvara kasutamise teenuse pakkujale. Tänu tarkvara kasutamise teenuse pakkujale jõuabki tarkvararakendus lõpuks tarbijani. Samas on tarkvara kasutamise teenuse pakkuja ise ühtlasi ka pilveteenuse tarbija rollis, kuivõrd tarkvararakendusi arendades, kasutab ta omakorda selliseid pilveteenuseid, mis võimaldavad salvestamist, töötlemist.¹²⁶

Pilveteenuse edasimüüja tähistamiseks on kasutusel ka ingliskeelsed terminid *integrator* ja *systems integrator*. Viimase eestikeelne vaste on süsteemikoostaja, kes kujutab endast isikut või ettevõtet, kes erinevatelt tootjatelt pärit erinevatest komponentidest infosüsteeme

¹²² Märkus: eestikeelsed terminid on autori vaba tõlge ning antud ingliskeelsete mõistete tegelikku sisu silmas pidades.

¹²³ European Commission. The Future of Cloud Computing: Opportunities for European Cloud Computing Beyond 2020. Expert Group Report. P. 12. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/cloud-report-final.pdf>. 26.01.2014.

¹²⁴ Märkus: Ehkki J. Cave jt kasutavad terminit *cloud-hosted service*, mis otsetõlkes tähendab pilvmajutusteenust, annab eestikeelne tõlge “tarkvara kasutamise teenus” autori hinnangul selgemini edasi J. Cave jt poolt sellele mõistele omistatud sisu, s.o lõppkasutajale kättesaadav ja kasutamisvalmis tarkvararakendus. Cave *et al*, p. 10.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

koostab.¹²⁷ Pilveteenuse edasimüüja on sisuliselt vahendaja, kes ostab pilveteenuseid edasimüügi eesmärgil. Reeglina korraldab pilveteenuse edasimüüja tarkvararakenduste arendamisega seonduvat.¹²⁸ Süsteemikoostajad sõlmivad lepingu nii pilveteenuse lõppkasutaja kui ka pilveteenuse pakkujaga, välja arvatud juhul, kui lõppkasutaja sõlmib lepingu pilveteenuse osutamiseks ise otse pilveteenuse pakkujaga.¹²⁹ Seega on süsteemikoostajad teenuse pakkujad, kes kasutavad omakorda teisi pakkujaid, et osutada oma lõppkasutajatele vastavat teenust. See tähendab, et tavaliselt on süsteemikoostajad ise infrastruktuuri või platvormi teenuse kasutajad ning nendele tuginedes pakuvad nad omakorda lõppkasutajatele tarkvara teenust.¹³⁰

Ülaltoodu näitab, et tarkvararakendus ehk lõppkasutaja jaoks tarkvara pilveteenus, mille kasutamiseks ta vastavasisulise lepingu sõlmib, jõuab temani etappide kaudu¹³¹, kuhu on kätketud märkimisväärne isikute ring. Kõiki käsitletud subjekte, tänu kellele saab klient tarkvararakendust lõpuks kasutada, võib tinglikult pidada pilveteenuse osutajateks, kuid seda lihtsalt erinevatel tasanditel. Kuivõrd käesoleva töö eesmärgiks on kvalifitseerida tarkvara teenuse lõppkasutajaga sõlmitav leping, peab autor eelnevalt kirjeldatu selgituseks vajalikuks märkida, et lõppkasutajaga sõlmitava pilveteenuse lepingu teiseks pooleks pilveteenuse osutajana oleks Euroopa Komisjoni käsitluses *cloud adpoter/software/service vendor*. J. Cave jt käsitluse järgi aga *cloud-hosted service provider*. Viimases lõigus esitatud käsitluse kohaselt on pilveteenuse osutajat tähistatud terminiga *integrator/system integrator*.

3.2 Pilveteenuse kasutajad ja nende kaitse ebaõiglaste tüüptingimuste eest

Pilveteenuse osutaja võib sõlmida lepingu pilveteenuse osutamiseks tarbija, eraõigusliku või avalik-õigusliku juriidilise isikuga. Näiteks võivad tarkvara teenuse osutamise lepingu Dropbox'iga sõlmida nii tarbija kui ka ettevõtte. Sellest lähtuvalt võiks teha järelduse, et kõik eelnimetatud õigussubjektid on ühtlasi ka pilveteenuse lõppkasutajad. Tegelikult saab aga

¹²⁷ E-teatmik.

¹²⁸ M. Rouse. Cloud services reseller. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://searchcloudprovider.techtarget.com/definition/cloud-services-reseller>. 26.01.2014.

¹²⁹ W.K. Hon, C. Millard, I. Walden. Negotiating cloud contracts: looking at clouds from both sides now. - Stanford Technology Law Review, Vol. 16, No. 1, 2012, p. 90. Märkus: autori hinnangul mõeldakse selle all, et lõppkasutaja võib saada pilveteenuse edasimüüjalt valmis tarkvararakenduse või sõlmida hoopis lepingu pilveteenuse pakkujaga, kellelt ta saab lihtsalt infrastruktuuri ja platvormi, mille pinnalt tarkvararakendust, kas ise või omakorda vastavat teenust sisse ostes arendama hakata.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Vt ka käesoleva töö ptk 1.2.

tarkvara teenuse lõppkasutajaks pidada üksnes füüsilist isikut, kes tarkvararakendust kasutab. Seega, kui ettevõtte sõlmib pilveteenuse osutajaga lepingu, on ettevõtte küll pilveteenuse lepingu pooleks, ent pole juriidilise isikuna ise tarkvararakenduse lõppkasutaja.¹³² Lõppkasutajateks on sellisel juhul äriühingu töötajad. Näiteks võib raamatupidaja olla pilvepõhise raamatupidamistarkvara ehk tarkvara pilveteenuse lõppkasutaja. Lepingu tarkvara teenuse osutamiseks pilveteenuse pakkuja sõlmib ettevõtte, raamatupidamistarkvara kasutamist töötaja poolt võib vajadusel aga reguleerida töötaja ja ettevõtte vaheline tööleping.¹³³

Võttes arvesse, et tarkvara teenuse osutamiseks võivad pilveteenuse osutajaga lepingu sõlmida nii tarbijad kui ka majandus-või kutsetegevuses tegutsevad isikud ning et tarkvara teenuse osutamiseks sõlmitav leping on enamasti tüüptingimustega leping¹³⁴, tekib nimetatud õigussubjekte silmas pidades põhjendatult küsimus tarkvararakenduse kasutajate kaitse ulatusest pilveteenuse lepingus sisalduvate võimalike ebaõiglaste tüüptingimuste eest. Sellest tulenevalt analüüsib autor alljärgnevalt, kas kõikidele tarkvara pilveteenuse kasutajatele¹³⁵ on tagatud ühetaoline kaitse pilveteenuse lepingus sätestatud ebaõiglaste tüüptingimuste eest või on tarbijatele ning majandus-või kutsetegevuses tegutsevatele isikutele laienev kaitse erinev.

Eesti õiguse järgi laieneb kaitse ebaõiglaste tüüptingimuste eest nii pilveteenuse kasutajaks oleva tarbijale (VÕS § 42 lg 3) kui ka majandus-või kutsetegevuses lepingu sõlminud tarkvararakenduse kasutajale (VÕS § 36 lg 3, § 44). VÕS § 42 lg 3 kohaselt loetakse selles sättes nimetatud tüüptingimused tarbijast lepingupoolt ebamõistlikult kahjustavaks, samas kui VÕS § 44 alusel tuleb majandus-või kutsetegevuses sõlmitud lepingute puhul samade tüüptingimuste korral vaid eeldada, et need on teist lepingupoolt ebamõistlikult kahjustavad. Seega võib tüüptingimuste kasutaja majandus-või kutsetegevuses sõlmitud lepingutes vaidluse korral tõendada, et vastava klausli kasutamine on majanduskäibes selliste lepingute

¹³² N. Marnau, E. Schlehn (eds). Cloud Computing: Legal Analysis. P. 97. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.tclouds-project.eu/downloads/deliverables/TC-D1.2.2_Cloud_Computing-Legal_Analysis_M12.pdf 09.04.2014.

¹³³ Internetipõhise raamatupidamistarkvara pakkuja Margn koduleheküljelt nähtub, et nimetatud pilveteenuse saamiseks tuleb ettevõttel registreerida end kasutajana. End kasutajana registreerides sõlmib ettevõtte Margn'iga lepingu selle pilveteenuse kasutamiseks. Soovi korral võib sama ettevõtte lisada oma kasutajakonto kaudu firma töötaja samuti kasutajaks, kes lõppastmes hakkabki raamatupidamistarkvaraga opereerima. Margn. Korduma kippuvad küsimused. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://margn.com/tugi/kkk>. 26.01.2014

¹³⁴ Vt selle kohta täpsemalt käesoleva töö ptk 4.2.

¹³⁵ Märkus: autor peab siin ja ülejäänud peatükis kasutajana silmas tarkvara teenuse lepingu poolt, kes sõlmib pilveteenuse osutajaga lepingu. Nagu mainitud, ei lange pilveteenuse lepingu pooleks olev kasutaja ja tarkvararakenduse lõppkasutaja alati kokku.

puhul siiski tavaline, mistõttu tegelikku ebamõistlikku kahjustamist ei esine.¹³⁶ Ehkki majandus-või kutsetegevuses sõlmitud tarkvara teenuse lepingu puhul kehtib üksnes eeldus, et VÕS § 42 lg-s 3 sätestatud tüüptingimused on tarkvara teenuse kasutaja suhtes ebamõistlikult kahjustavad, on eeltoodust nähtuvalt Eesti õiguse kohaselt tarbijate kõrval siiski kaitstud ka majandus-või kutsetegevuses tegutsevad isikud.

VÕS-is sätestatud tüüptingimuste regulatsiooni esmaseks aluseks on nõukogu direktiiv 93/13/EMÜ ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes¹³⁷ (edaspidi ebaõiglaste tingimuste direktiiv).¹³⁸ Nimetatud direktiiv võimaldab hinnata tarkvara teenuse pilvelepingus sisalduvate tüüptingimuste ebaõiglust üksnes pilvelepingute osas, kus tarkvara teenuse kasutajaks on tarbija (art 1 p 1). Seega on viidatud direktiivist lähtuv kaitse tarkvararanduste kasutajate jaoks võrreldes VÕS-iga piiratum.

EÜM-i sätted läbirääkimata ja ebamõistlikult kahjustavate lepingute kohta laienevad nii tarbijaga sõlmitud digitaalse infosisu üleandmise lepingute kui ka kauplemise vahelisele digitaalse infosisu üleandmise lepingute ehk tarkvara teenuse lepingute suhtes. EÜM 1.jagu ehk art-d 79-81 on üldsätted, mis kohalduvad kõikidele EÜM-i reguleerimisalas olevate lepingute suhtes.¹³⁹ EÜM art 79 p 1, mis laieneb ka tarkvara teenuse pakkuja poolt äriühinguga sõlmitava tüüptingimusi sisaldavale tarkvara pilvelepingule, sätestab sarnaselt VÕS § 42 lg-le 1 ja ebaõiglaste tingimuste direktiivi art 6 p-le 1, et teist poolt ebamõistlikult kahjustab lepingutingimus ei ole teise lepingupoole suhtes siduv. Erinevalt VÕS-ist sätestab aga EÜM loetelu lepingutingimustest, mis loetakse tarbija ja kauplemise vahelises lepingus alati ebamõistlikult kahjustavaks (EÜM art 84) ning lepingutingimused, mille puhul üksnes eeldatakse tarbija ebamõistlikku kahjustamist (EÜM art 85). Lisaks erineb EÜM-s sätestatud nn ebaõigluse test ettevõtjate vahelises pilvelepingus sätestatud tüüptingimuse puhul VÕS-is sätestatust. Nimelt, kui VÕS § 44 kohaselt eeldatakse, et VÕS § 42 lg-s 3 toodud tüüptingimus on ebamõistlikult kahjustav, siis EÜM art-tes 84 ja 85 sätestatud loetelud, millal loetakse lepingutingimus ebamõistlikult kahjustavaks (nn must nimekiri) või eeldatakse ebamõistlikku kahjustumist (nn hall nimekiri), kehtivad üksnes tarbijaga sõlmitud tarkvara

¹³⁶ P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2006, § 44/4.

¹³⁷ Nõukogu 05.04.1993. a direktiiv 93/13/EMÜ ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes - ELT L 095, 21.04.1993, lk 29-34.

¹³⁸ Varul jt (viide 136), lk 125.

¹³⁹ M. Loos. Standard contract terms regulation in the proposal for a Common European Sales Law. - Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2012-65, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-04, p. 5. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2081857. 15.04.2014.

teenuse lepingute suhtes. Seega hinnatakse ebamõistlikku kahjustumist majandus-või kutsetegevuses tegutsevate isikute vahel sõlmitud lepingu puhul EÜM art 86 järgi.¹⁴⁰

EÜM ei sätesta majandus-või kutsetegevuses sõlmitud lepingutele laienevat loetelu ebamõistlikult kahjustavatest tüüptingimustest. Järelikult pole välistatud, et ettevõtjale, kes kasutab tarkvara pilveteenust, laienev EÜM-i kohane kaitse on vähem efektiivsem võrreldes tarbijast tarkvararakenduse kasutajaga, kuivõrd lepingutingimuse hindamisel EÜM art 86 järgi võib jääda kehtima tingimus, mis tarbijaga sõlmitud pilveteenuse lepingus oleks nn mustas või nn hallis nimekirjas ning käsitletav seega ebamõistlikult kahjustavana. Lepingutingimuse hindamine EÜM art 86 p 1 kohaselt eeldab aga vastuolu tuvastamist hea äritava ning hea usu ja ausa kauplemise põhimõttega. Samas leiab M. Hesselink Saksmaa ja mitmete teiste riikide senise tüüptingimuste hindamist puudutava kohtupraktika taustal, et on põhjendatud alus arvata, et tulevikus hakkavad EÜM-i nn must ja hall nimekiri, vaatamata sellele, et need kehtivad EÜM-i järgi tegelikult vaid tarbijaga sõlmitud lepingute suhtes, mõju omama ka kauplejate vahelistes lepingutes sätestatud tüüptingimuste hindamisel. Tema hinnangul on mõeldav, et Euroopa riikide kohtunikud tõlgendavad ning rakendavad nimetatud tüüptingimuste loetelusid analoogia korras kauplejate vahel sõlmitud lepingutes sisalduvate lepingutingimuste hindamisel. Kuigi see muudab küsitavaks ebamõistlikult kahjustava lepingutingimuse kauplejate vahelisele lepingule laieneva spetsiaalse regulatsiooni sätestamise EÜM-is, oleks teisalt ka üllatuslik, kui nn ebaõigluse test tarbijalepingus ja ettevõtjate vahelises lepingus annaks alati või enamikel juhtudel erineva tulemuse.¹⁴¹

Tarbijaga õiguste direktiiv, mille kohaldamisalas on digitaalse infosisu tarnimise lepingutena ka tarkvara pilveteenuse lepingud, tüüptingimuste kohta vastavasisulist regulatsiooni ei sätesta. Samas on selge, et selle direktiivi kohaldamisalas on üksnes tarbijaga sõlmitud pilveteenuse lepingud (art 3 p 1).

Eeltoodut arvesse võttes on selge, et pilveteenuse kasutajate kaitse ebaõiglaste tüüptingimuste eest pole ühetaoline. Kuna VÕS-is ja EÜM-is sätestatud tüüptingimuste regulatsioon kohaldub ka lepingute suhtes, mis sõlmitakse mitte tarbijast tarkvararakenduse kasutajaga, on

¹⁴⁰ EÜM art 86 p 1: Kauplejate vahel sõlmitud lepingu tingimus on ebamõistlikult kahjustav käesoleva jao tähenduses, kui: (a) tingimus on osa ühe lepingupoole esitatud eraldi läbirääkimata lepingutingimustest artikli 8 tähenduses ning (b) tingimuse sisu on selline, et selle kasutamine kaldub suurel määral kõrvale heast äritavast ning on vastuolus hea usu ja ausa kauplemise põhimõttega.

¹⁴¹ M. Hesselink. Unfair terms in contracts between businesses. - Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011-11, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2011-07, p. 16. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1871130. 15.04.2014.

nimetatud õigusaktide alusel kaitse ulatuslikum võrreldes ebaõiglaste tingimuste direktiiviga. Uskudes M. Hesseliniki ennustust EÜM-ist lähtuva tulevase kohtupraktika kohta, võib EÜM-i puhul loota sisuliselt võrdväärset kaitset nii tarbijast kui ka ettevõtjast tarkvara pilveteenuse kasutajale. Ehkki see ei pruugi realiseeruda, oleks selline lähenemine siiski tervitatav, kuivõrd autori hinnangul ei esine tarkvara teenuse osutamisel sõlmitava lepingu puhul vähemalt tüüptingimuste seisukohast vajadust tarbijalepingute ja majandus-või kutsetegevuses tegutsevate isikute vahel sõlmitavate lepingute eristamiseks.

Tarbijatele kahjustavate tüüptingimuste eest kaitse pakkumist õigustatakse enamjaolt väitega, et nad on võrreldes ettevõtetega (majanduslikult) nõrgemal positsioonil. Samas ei ole ka ettevõtete vahelistes lepingutes tehingu teiseks pooleks alati samasuguse majandusliku võimsusega ettevõtte. Gigantsete pilveteenuse pakkujatega nagu Google, Microsoft, lepingut sõlmides ei ole väikese ega keskmise suurusega ettevõtted tarbijatest soodsamas seisus. Seega on argument ebavõrdsest läbirääkimiste positsioonist tegelikult asjakohane õigustamaks ebaõiglaste tüüptingimuste eest kaitse pakkumist ka majandus-või kutsetegevuses tegutsevate isikutele.¹⁴² Samuti on tarbijalepingute ja ettevõtjate vaheliste lepingute eristamine irrelevantne informatsiooni asümmeetria perspektiivist.¹⁴³ Nii leiab autor, et kaitse ebaõiglaste tüüptingimuste eest peaks olema kõikidele tarkvara teenuse kasutajatele samaväärne, mis tähendab, et tüüptingimuste regulatsioon peaks olema subjektiivne.¹⁴⁴

¹⁴² *Ibid.*, pp. 3-4.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 7.

¹⁴⁴ Autor peab ennekõike silmas ühetaolist kaitset tarbijatele ning teiselt poolt väikese ja keskmise suurusega ettevõtetele, kuivõrd suurematel ettevõtetel on lihtsam teenuse pakkujaga pilvelepingu tingimuste üle läbirääkimisi pidada ning sõlmida selliselt hoopis tüüptingimusteta leping. Vt ka käesoleva töö lk 44-45.

4. Pilveteenuse lepingu sisu kujunemine

4.1 Pilveteenuse lepingu osad

Pilveteenuse osutamiseks interneti vahendusel reeglina ühe hiirekliki vajutusel sõlmitav leping koosneb mitmest üksteisest selgelt eristuvast osast. Pilveteenuse osutamist reguleerivad lepingutingimused on teatud tunnuste, ühisosa järgi grupeeritud. Nii annab tulevane kasutaja ühe klikiga tegelikult nõusoleku mitmele erineva eesmärgiga lepingudokumendile.

Tavaliselt võib eristada järgmiseid lepingu osasid: kasutustingimused (ingl *terms of service*), teenusetaseme leping (ingl *service level agreement*), pilveteenuse lubatud kasutamist reguleerivad tingimused (ingl *acceptable use policy*), privaatsussätted (ingl *privacy policy*).¹⁴⁵

Kasutustingimused on lepingudokument, mis sätestab pilveteenuse pakkuja ja kasutaja vahelise õigussuhte jaoks reeglid, sisaldades näiteks sätteid pilveteenuse tasulisuse ja kohaldatava õiguse kohta.¹⁴⁶ Tegemist ei ole pelgalt lepingu üldsätetega, vaid sisuliselt reguleeribki kirjeldatud osa lepingust olulisimaid küsimusi pooltevahelises lepingulises suhtes. Näiteks Dropbox'i kasutamiseks sõlmitava leping näeb nimetatud osas muuhulgas ette lepingu muutmist, lõpetamist ja vastutust puudutavad sätted.¹⁴⁷

Digitaalse tahteavalduse andmisega nõustub kasutaja ühtlasi ka teenustaseme lepingu osas sisalduvate tingimustega. Tegemist pole eraldi pilveteenuse lepingu või selle lisaga, vaid pilveteenuse lepingusse inkorporeeritud lepingutingimustega. Teenusetaseme leping on oluline osa terviklikust pilveteenuse lepingust, kuna selle näol on tegemist objektiivse ja mõõdetava standardiga, millele pakutav tarkvara teenus peab vastama.¹⁴⁸ Selles mõttes fikseeritakse teenusetaseme lepinguga kvaliteedinäitajad, millele tarkvara teenus peab

¹⁴⁵ S. Bradshaw, C. Millard, I. Walden. Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services. - Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 63/2010, p. 14. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1662374. 15.04.2014. Märkus: eestikeelsed terminid on autori vaba tõlge ning antud ingliskeelsete mõistete tegelikku sisu silmas pidades.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Dropbox. Dropbox Terms of Service. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <https://www.dropbox.com/terms#terms>. 10.04.2014.

¹⁴⁸ Marchini, p. 125.

vastama. Teenusetaseme leping täpsustab pilveteenuse kasutajale osutatavat teenust ning vastava pilveteenusega koos edastatavaid teenuseid.¹⁴⁹ Teenusetaseme lepinguga sätestatud teenused, mida pilveteenuse pakkuja võimaldab kasutajale lisaks tarkvararakendustele on tavaliselt tarkvara ja kasutaja andmete majutus pilveteenuse pakkuja serveris, tugiteenused ning tarkvara hooldusele suunatud teenused.¹⁵⁰ Sellega defineeritakse niisiis kõik pilveteenuse lepingu raames kliendile osutatavad teenused, nende teenuste sisu, kvaliteet, teenuse kasutamise aeg ja tasu.¹⁵¹ I. Bodle on seisukohal, et teenusetaseme leping peaks reguleerima tarkvara teenuse kättesaadavusega seotud küsimusi ning kliendi tugiteenuste osas sätestama tugiteenuste kirjelduse, nende tugiteenuste osutamise aja ja viisi.¹⁵² Pilveteenuse kättesaadavust puudutavad sätted on kasutaja jaoks ühed olulisemad, mida pilveteenuse leping sisaldab. Kuigi ükski tarkvara pilveteenuse pakkuja ei saa ka parima tahtmise korral garanteerida pilveteenuse absoluutset kättesaadavust igal võimalikul ajahetkel tulenevalt sõltuvusest internetiühendusest ja pilvetehnoloogiast, on pilveteenuse kättesaadavus lepingutes reeglina väljendatud teatud protsendina, enamasti vahemikus 95-99,9%.¹⁵³

I. Bodle märgib, et kuna tarkvara teenuse pakkujad kasutavad enamasti oma pilveteenuse osutamiseks servereid ehk riistvara, mis asub kolmanda isiku andmekeskuses, on tähtis, et teenusetaseme lepingust ei puuduks andmete asukohta, asukohta tehnilist infrastruktuuri, andmete varukoopiaid puudutavad sätted, samuti regulatsioonid juhuks, mil teenuse pakkuja tarkvarale ja kasutaja andmetele ei ole tehnoloogiliste probleemide tõttu võimalik ligi pääseda.¹⁵⁴ Teenusetaseme lepingud seostuvad ennekõike tasuliste pilveteenustega, samas ei tähenda see, et teenusetaseme lepinguid pakuksid kõik tasuliste pilveteenuste pakkujad.¹⁵⁵ Tarkvara teenuse pakkujad Dropbox ja Spotify võimaldavad teatud tingimustel ja mahus nii pilveteenuse tasuta kui ka tasulist kasutamist. Nimetatud pilveteenuste pakkujate lepingud pilveteenuse osutamiseks aga teenusetaseme lepingu osa ei hõlma.¹⁵⁶ Seejuures ei sisaldu I. Bodle'i käsitletud teenusetaseme lepingule iseloomulikud tingimused täies ulatuses ka pilveteenuse lepingus tervikuna. Tugiteenustega seonduvat on Spotify reguleerinud põgusalt

¹⁴⁹ Bradshaw, Millard, Walden, p. 14.

¹⁵⁰ Bodle Law. SaaS Agreements- What is SaaS? March 2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.bodlelaw.com/saas/saas-agreements-faqs-what-is-saas>. 26.01.2014.

¹⁵¹ T. Brabenec. Transfer Pricing of Intangible Assets and R&D Services with Respect to a Service Level Agreement. P. 3. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1974215. 26.01.2014.

¹⁵² Bodle Law. SaaS Agreements- What is a SLA? April 2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.bodlelaw.com/category/slas>. 27.01.2014.

¹⁵³ Marchini, p. 113.

¹⁵⁴ Bodle Law (viide 150).

¹⁵⁵ Bradshaw, Millard, Walden, p. 14.

¹⁵⁶ Dropbox; Spotify. Spotify Terms and Conditions of Use. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <https://www.spotify.com/ee/legal/end-user-agreement/>. 15.04.2014.

vaid pilveteenuse lepingu lisas ning andmete asukohta lepingust tuvastada pole võimalik.¹⁵⁷ Viidatud osas on puudulik ka Dropbox'i poolt pakutav pilveteenuse leping.¹⁵⁸ Samas on selgesõnaliselt välistatud Spotify vastutus tehniliste rikete ja sellest tingitud pilveteenuse kasutamise võimatuse puhuks.¹⁵⁹ Seega võib täheldada, et isegi siis, kui teenusetaseme leping pole identifitseeritav tarkvara pilveteenuse lepingu osana, ei ole tihtipeale teenusetaseme lepingu osas tavaliselt sisalduvaid lepingutingimusi sellises ulatuses võimalik leida ka pilveteenuse lepingust, selle lepingu teistest osadest. Pilveteenuse kasutaja õiguste aspektist on eelkäsitletud regulatsioonide puudumine kahtlemata taunitav. Kuivõrd tarkvara kasutamiseks sõlmitav pilveteenuse leping on tüüptingimustega leping, on kasutaja jaoks järelikult lahenduseks aktsepteerida oma õiguste seisukohalt ebasoodsaid lepingutingimusi või jätta vastavasisuline leping teenuse pakkujaga sõlmimata.

Lisaks eelkirjeldatule eristuvad pilveteenuse lepingust normide kogumina pilveteenuse kasutamist puudutavad lepingutingimused, mis sätestavad praktikas reeglina tegelikult viisid, kuidas vastavat pilveteenust on keelatud kasutada. Enamjaolt ei sisaldu need lepingutingimused siiski eraldi lepingudokumendis, vaid lepingus endas.¹⁶⁰ Ka Spotify ei kirjelda pilveteenuse kasutamise piiranguid eraldi lepingudokumendis, vaid need on sätestatud kasutustingimuste (ingl *terms and conditions of use*) alapunktina ehk sisuliselt ühe pilveteenuse lepingu punktina.¹⁶¹ Sama ei saa väita Dropbox'i kohta, mille kodulehekülje vahendusel kättesaadavaks tehtud lepingutingimuste hulgast nähtub alajaotis *acceptable use policy*, mille eesmärgiks on reguleerida selle pilveteenuse vastutustundlikku kasutamist. Nii on Dropbox'i kaudu näiteks keelatud avalikustada või jagada rassistlikke materjale.¹⁶²

Võrreldes teenusetaseme lepingudokumendiga ning pilveteenuse kasutamist ja keelamist reguleerivate sätetega, mis võivad, aga ei pruugi alati olla eraldi lepingudokumendid, moodustavad privaatsussätted praktiliselt alati eraldi lepingudokumendi kompleksest pilveteenuse lepingust.¹⁶³ Privaatsus seostub pilveteenusega, sest pilveteenuse kasutaja isiklikud andmed ja andmetöötlustoimingute logifailid asuvad pilves ning nende töötlemine ja

¹⁵⁷ Spotify.

¹⁵⁸ Dropbox.

¹⁵⁹ Spotify.

¹⁶⁰ Märkus: lepingu all mõtleb autor siinkohal *terms of service*. *Terms of service*, otsetõlkes kasutustingimused, reguleerivad pooltevahelist õigussuhet ning selle terminiga on võimalik tähistada pilveteenuse lepingut tervikuna, kuid teisalt ka lihtsalt ühte lepingudokumenti teiste pilveteenuse pakkuja ja kasutaja vahelist lepingulist suhet reguleerivate lepingudokumentide kõrval. Bradshaw, Millard, Walden, p. 14.

¹⁶¹ Spotify.

¹⁶² Dropbox.

¹⁶³ Bradshaw, Millard, Walden, p. 14.

kasutamine võib toimuda vastuolus kasutaja teadmiste, kontrolli või privaatsust reguleerivate õigusnormidega.¹⁶⁴ Kasutaja isiklike andmete kõikvõimalik töötlemine, nagu näiteks andmete kogumine, salvestamine, kättesaadavaks muutmine jääb kasutaja jaoks nähtumatuks ja toimub väljaspool tema otsest kontrolli, mistõttu on andmekaitsealaste regulatsioonide lepingusse lülitamine õiguselguse ja – kindluse tagamise eesmärgil väga oluline. Teiste lepingudokumentide kõrval on näiteks Dropbox'i ja Spotify pilveteenuse lepingud kõige põhjalikumad just privaatsust, andmekaitset reguleerivate lepingutingimuste poolest.¹⁶⁵ Euroopa Komisjon on seisukohal, et kuigi enamasti pakuvad pilveteenuse pakkujad standardteenuseid ning kasutajatele esitatakse allkirjastamiseks leping, mis sisaldab isikuandmete töötlemise standardvormi, ei tohiks läbirääkimisjõu ebavõrdne jaotumine kasutaja ja suure teenuseosutaja vahel õigustada seda, et kasutaja lepib lepingutingimustega, mis ei ole kooskõlas andmekaitsealaste õigusaktidega.¹⁶⁶ Sellega osutab Euroopa Komisjon ühiste jõupingutuste tegemise vajadusele liidu tasandil, kuid suunab samas ka tulevasi pilveteenuse kasutajaid tähelepanelikkusele lepingupartneri valikul, et sõlmida leping pilveteenuse pakkujaga, kes tõepoolest suudab ka andmekaitse reeglitest kinni pidada.

Kirjeldatud erinevate funktsioonide ja eesmärkidega tarkvara teenuse lepingu osade eristamine on Eesti õigusele võõras, kehtiv VÕS ei tunne lepingu osa ega lepingudokumendi mõistet. Liiatigi on nimetatud mõistete kasutamine autori hinnangul ka mõnevõrra ekslik ning segadust tekitav - käsitletud "lepingudokumendid" kujutavad endast tegelikult sarnaseid küsimusi reguleerivate lepingusätete grupeeringuid lepingust parema ülevaate saamiseks ja arusaadavuse tagamiseks. Seega ei näe autor otsesest praktilist vajadust erinevate lepingudokumentide eristamiseks, kuivõrd *summa summarum* on tegemist siiski tarkvararakenduse kasutamiseks sõlmitava tervikliku lepinguga.

4.2 Pilveteenuse lepingu sõlmimine tüüptingimustel ja tüüptingimuste saamine lepingu osaks

Enamike pilveteenuse kokkulepete, ennekõike pilvelepingute puhul tarbijate ning väikese ja keskmise suurusega ettevõtetega pole tulevasel pilveteenuse kasutajal võimalik lepingutingimuste osas läbirääkimisi pidada, sest tegemist on standardiseeritud, nn võta-või-

¹⁶⁴ Cave *et al*, chapter II, p. 17.

¹⁶⁵ Vt täpsemalt: Dropbox; Spotify.

¹⁶⁶ Artikli 29 alusel loodud andmekaitse töörihm, lk 14.

jätta lepingutega (ingl *click-through contract*).¹⁶⁷ Londoni Ülikooli poolt 2010. a korraldatud uuringust selgus, et suured pilveteenuste pakkujad keelduvad üldjuhul igasugustest muudatustest standardtingimuste osas, soovides pilveteenust kasutajatele pakkuda viidatud viisil, samas on mõned väiksemad tarkvara pilveteenuse pakkujad aga suurematest pilveteenuse kasutajatest klientide palvel siiski vastutulelikult tingimusi muutunud.¹⁶⁸ Pilvelepingud on lepingutingimuste osas enamasti läbiräägitavad, kui klientideks on korporatsioonid või valitsused, seejuures peetakse kõige sagedamini läbirääkimisi privaatsussätete ja pilveteenuse turvalisust puudutavate lepingutingimuste üle.¹⁶⁹

Võta-või-jätta leping väljendab lepingu sõlmimise mudelit, kus tarkvara teenuse kasutaja väljendab oma nõustumust lepingutingimustega vajutades interneti veebilehel vastavale nupule. Leping sõlmimine sellisel viisil toimub koheselt ja kiirelt.¹⁷⁰

Hiireklikiga tarbijapõhist teenuse turustamise mudelit soosib pilveteenuse olemus.¹⁷¹ Teenuse pakkuja poolt võimaldatav pilvetehnoloogial põhinev tarkvararakendus on kõikide vastava rakenduse kasutajate jaoks ühesugune, mistõttu puudub vajadus iga kliendi jaoks spetsiaalselt väljatöötatud pilvelepingu jaoks. Seda on kaudselt märkinud ka Micklitz ja Reich, ehkki digitaalse infosisu üleandmise lepingute kontekstis. Nad on leidnud, et digitaalse infosisuga on toimunud eemaldumine traditsioonilisest lähenemisest intellektuaalse omandi õiguste litsentsimisel ning see on põhjendatav digitaalse infosisu ühetaolise kättesaadavaks tegemisega moodsate tehnoloogiate kaudu, millest tingituna on digitaalsest infosisust saanud tüüpeline objekt.¹⁷² Lisaks, kuivõrd kasutajal tuleb tarkvara pilveteenuse lepingu sõlmimiseks siseneda vastava teenuse pakkuja veebilehele ja enamasti lihtsalt hiireklikiga aktsepteerida lepingutingimusi reeglina selleks ettenähtud kastikeses, on kirjeldatud viisil interneti vahendusel lepingu sõlmimine tulevase tarkvararakenduse kasutaja jaoks kahtlemata mugav ja lihtne. Tarkvararakenduse pakkujale tähendab selline lepingu sõlmimise viis aga kulude kokkuhoidu lepingu läbirääkimise kulutuste arvelt ning õigusliku vastutuse ja teiste lepinguga seotud riskide minimaliseerimise võimalust.¹⁷³ Seega on tüüpitingimuste

¹⁶⁷ Millard, pp. 32-33.

¹⁶⁸ Hon, Millard, Walden, pp. 90-91.

¹⁶⁹ Millard, p. 33.

¹⁷⁰ University of Oslo, Faculty of Law. Drafting a cloud computing contract. 2011, pp. 10-11. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22926/SILALAHix-xMaster.pdf?sequence=1>. 13.02.2014.

¹⁷¹ Hon, Millard, Walden, p. 87.

¹⁷² H.-W. Micklitz, N. Reich. The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)". Too Broad or Not Broad Enough? - EUI Working Papers, Department of Law, 2012/04, Part I, No. 24, p. 15. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2013183. 13.02.2014.

¹⁷³ Hon, Millard, Walden, p. 87.

kasutamine praktiline, aitab kokku hoida nii aega kui ka kulutusi ning on seeläbi kaudselt kasulik ka tarbijatele.¹⁷⁴

Eeltoodust nähtuvalt sisaldab lõppkasutajaga sõlmitav tarkvara teenuse leping tüüptingimusi VÕS § 35 lg 1 mõttes. Tarkvararakenduse kasutamist reguleerivad läbirääkimise võimalusteta tingimused, mis on eelnevalt välja töötatud tüüplepingutes kasutamiseks VÕS § 35 lg 1 tähenduses. Selleks, et tarkvara teenuse lepingus kasutatavad tüüptingimused saaksid ka pilvelepingu osaks ja nimetatud leping oleks käsitletav nn tüüplepinguna, peab olema teenuse pakkuja tingimustele selgelt viidanud enne lepingu sõlmimist või sõlmimise ajal või peab olema tüüptingimuste olemasolu sõlmimise viisist tulenevalt eeldatav, lisaks peab teisel lepingupoolel olema ka võimalus tüüptingimuste sisust teada saada (VÕS § 37 lg 1).

Tingituna tarkvara teenuse lepingu sõlmimisest ülalkirjeldatud viisil, muutub küsitavaks tüüptingimustest teavitamise kohustuse täitmine VÕS § 37 lg 1 mõttes ja seeläbi ka tüüptingimuste osaks saamine lepingust. Nimelt, elektroonilise kaubanduse lepingute puhul sisalduvad tüüptingimused e-kirja manuses või on need leitavad veebilehelt spetsiaalse veebilehel asuva lingi kaudu või e-kirjas sisalduva lingi vahendusel. Samuti võivad olla tüüptingimused leitavad tüüptingimuste kasutaja poolt veebilehel tehtud vastavasisulise viite abil.¹⁷⁵ Erandiks pole tarkvara pilveteenuse leping. Enamasti pääseb pilveteenuse pakkuja veebilehel asuvatele tüüptingimustele ligi vastaval lingil klikkides. Selliselt on võimalik tutvuda näiteks tarkvararakenduse pakkuja Dropbox'i, Spotify ja Salesforce.com'i poolt pilveteenuse lepingutes kasutatavate tüüptingimustega. Autori meelest on vaieldav, kas VÕS § 37 lg-s 1 sätestatud tüüptingimustest teavitamine kätkeb tingimustest informeerimist nii, et tüüptingimused muutuvad pilveteenuse kasutajale nähtavaks alles veebilehel spetsiaalsele lingil vajutades, kusjuures lingi avamine tingimuste aktseptimiseks vajalik ei ole, vaid enamjaolt piisab linnukese tegemisest selleks ettenähtud kastis. VÕS-i kommentaaride järgi peab olema aga raskusteta arusaadav, et tegemist on lepingu tingimustega, mis ei ole läbiräägitavad, internetikaubanduse korral veebileheküljel enne lepingu sõlmimiseks vajalike toimingute tegemist.¹⁷⁶ Samas, kuivõrd tüüptingimused saavad VÕS § 37 lg 1 kohaselt pilvelepingu osaks ka siis, kui nende olemasolu on sõlmimise viisist tulenevalt eeldatav ja tulevasel pilveteenuse kasutajal oli võimalus nende sisust teada saada, on iseenesest võimalik mõnda, et tüüptingimused saavad tarkvara teenuse lepingu osaks kirjeldatud viisil. Kuigi

¹⁷⁴ C. Ginter. Tüüptingimustest VÕS ja direktiivis 93/13/EMÜ. - Juridica 7/2001, lk 512.

¹⁷⁵ S. A. Kruisinga. Incorporation of Standard Terms under the CISG and Electronic Communication. P. 76. Arvutivõrgus. Kättesaadav. <http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/241956>. 13.02.2014.

¹⁷⁶ Varul jt (viide 136), § 37/4.1.1.1.

tüüptingimused muutuvad kasutajale enamasti nähtavaks alles veebilehel asuvale lingile vajutades, on pilveteenuse kasutajatele siiski tagatud võimalus tingimuste sisuga tutvuda vastaval lingil klikkides. Seega on autor seisukohal, et tüüptingimused saavad tarkvara teenuse lepingu sõlmimisel *click-through* meetodil Eesti õiguse järgi pilvelepingu osaks.

EÜM-ist tulenev tüüptingimuste määratlus on samane VÕS-is sätestatuga. EÜM art 2 p (d) järgi on tüüptingimused lepingutingimused, mis on eelnevalt välja töötatud mitmetes eri pooltega tehtavates tehingutes kasutamiseks ja mida lepingupooled ei ole eraldi läbi rääkinud EÜM-i normistiku art 7 tähenduses. Art 7 p 1 kohaselt on lepingutingimus eraldi läbi rääkimata, kui üks lepingupool seda kasutab ja teine lepingupool ei ole võimeline selle tingimuse sisu mõjutama. M. Loos on selgitanud tüüptingimustega seonduvat muuhulgas digitaalse infosisu üleandmise lepingute, mis on EÜM-i kohaldamisalas (EÜM art 5 p (b)), aspektist.¹⁷⁷ Käesoleva töö autor on seejuures peatükis 2.3 leidnud, et paljudel juhtudel on tarkvara teenuse lepingut võimalik kvalifitseerida just digitaalse infosisu üleandmise lepinguna.

M. Loos on seisukohal, et EÜM ei sisalda erisätteid seoses tüüptingimuste lepingu osaks saamisega, mistõttu kohaldatakse lepingu sõlmimist ja tõlgendamist reguleerivaid EÜM-i üldsätteid.¹⁷⁸ Kuigi EÜM ei sisalda VÕS § 37 lg 1 sarnast normi, mis reguleerib selgesõnaliselt tüüptingimuste lepingu osaks saamise eeldusi, sätestab EÜM art 70 p 1 järgmist: *“Eraldi läbirääkimata lepingutingimusi artikli 7 tähenduses, mida kasutab üks lepingupool, saab kasutada teise poole vastu ainult juhul, kui teine pool oli lepingutingimustest teadlik või kui eraldi läbirääkimata tingimusi kasutav pool juhtis mõistlikult teise poole tähelepanu tingimusele enne lepingu sõlmimist või lepingu sõlmimise ajal.”*. M. Loos on leidnud, et EÜM art 70 lg 1 p ei ole kohaldatav tüüptingimuste lepingu osaks saamise hindamisel. Ehkki EÜM art 70 p 1 reguleerib eraldi läbirääkimata lepingutingimuste kasutamise võimalust teise poole vastu, on tüüptingimuste kasutamise vältimatuks eelduseks nende käsitlemise võimalikkus lepingu osana. Käesoleva töö autori arvates oleks sellest tingituna oluline siiski lähtuda viidatud sättest tüüptingimuste tarkvara pilveteenuse lepingu osaks saamise hindamisel. Seda seisukohta jagavad ka H-W. Micklitz ja N. Reich.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Loos (viide 106).

¹⁷⁸ Loos (viide 106), lk 9.

¹⁷⁹ Micklitz, Reich, p. 20.

M. Loos on veendumusel, et digitaalse infosisu üleandmise lepingu sõlmimisel *click-wrap* meetodil¹⁸⁰, s.t juhul kui tüüptingimused muutuvad tarbijale kättesaadavaks alles digitaalse infosisu allalaadimise või installeerimise hetkel, ei saa need lepingu osaks.¹⁸¹ Tema järeldus põhineb EÜM art 24 p-l 3 (e), mille kohaselt peab kaupleja enne kui teine pool teeb või võtab vastu pakkumuse esitama teisele poolele muuhulgas lepingutingimused. EÜM art 24 p-st 3 (e) tuleneb lepingueelse teavitamiskohustuse ulatus elektroonilisel teel sõlmitava ettevõtja ja tarbija vahelise digitaalse sisu üleandmise lepingu raames. Digitaalse infosisu üleandmise lepinguna kvalifitseeritava tarkvara pilveteenuse lepingu puhul peab ettevõtjast teenuse pakkuja seega edastama viidatud EÜM-i sättes sisalduva teabe tulevasele pilveteenuse kasutajale. Olenemata M. Loos'i poolt välja pakutud võimalusest tugineda EÜM art 24 p-le 3 (e), võimaldab sellisele seisukohale jõudmist ka tegelikult EÜM art 70 p 1.

Tüüptingimuste lepingu osaks saamise eitamine M. Loos'i poolt kirjeldatud juhul on tegelikult aga asjassepuutumatu enamike digitaalse üleandmise lepingutena kvalifitseeritavate tarkvara pilveteenuste lepingute puhul, sest klient ei pea teenuse pakkuja tarkvaralise ressursi kasutamiseks tarkvara alla laadima ega installeerima. Kui tarkvara teenuse pakkuja peaks siiski võimaldama tarkvara kasutada ka arvutisse installeeritava klientprogrammi kaudu, nagu seda teeb näiteks tarkvara pilveteenuse pakkuja Dropbox, oleneb tüüptingimuste lepingu osaks saamine M. Loosi seisukoha valguses sisuliselt sellest, kuidas on teenuse pakkuja oma veebilehel tehniliselt korraldanud kasutajapoolse nõustumuse andmise pilvelepingu sõlmimiseks. Kui lepingutingimusi esitatakse alles ja üksnes klientprogrammi pilveteenuse kasutaja riistvarale laadimise momendil, ei saa tüüptingimused lepingu osaks. Sarnaselt VÕS § 37 lg-le 1, mille järgi saavad tüüptingimused lepingu osaks ka siis, kui nendele viidatakse lepingu sõlmimise ajal, sätestab sisuliselt sama ka EÜM art 70 p 1 – eraldi läbirääkimata tingimusi kasutav poole peab juhtima mõistlikult teise poole tähelepanu tingimustele enne lepingu sõlmimist või lepingu sõlmimise ajal. Kuna M. Loos leiab, et tüüptingimuste esitamisel üksnes digitaalse infosisu alla laadimise või installeerimise ajal, ei saa need lepingu osaks, osutab ta järelikult, et kirjeldatud juhul toimub digitaalse infosisu üleandmise lepingu sõlmimine varem ehk teisisõnu tüüptingimused tehakse kasutajale kättesaadavaks lepingu sõlmimise järgselt. See on vastuolus nii EÜM art 24 p-ga 3 (e), art 70 p-ga 1, kui ka VÕS § 37 lg-s 1 sätestatuga.

¹⁸⁰ Märkus: *click wrap* tähistab sarnaselt *click through*'le lepingu elektroonilist sõlmimist nii, et kliendil tuleb lepingutingimustega nõustumiseks klõpsata spetsiaalset nuppu või teha ettenähtud kasti linnuke.

¹⁸¹ Loos (viide 106), lk 11.

Lepingute sõlmimise kohta elektrooniliselt interneti vahendusel on *click-wrap/click through* meetodi kõrval tarvitusel *browse-wrap* meetodi mõiste. Ka *browse-wrap* meetodi puhul pole lepingu teisel poolel võimalik lepingutingimustes läbi rääkida, sest *browse-wrap* tähendab, et tüüptingimused on kättesaadavad hüperlingi kaudu.¹⁸² Seega on selliselt sõlmitav leping samuti nn võta-või-jäta leping (ingl *browse-wrap contract*). Erinevalt *click-wrap* meetodist ei nõua *browse-wrap* viisil lepingu sõlmimine tarbijatelt kinnitust tüüptingimuste olemasolu kohta, mistõttu tarbija, kes ei märka veebilehel asuvat hüperlinki, ei saagi tüüptingimustest teadlikuks.¹⁸³ Järelikult kehtiks justkui eeldus, et veebilehe kasutamisega väljendab tarbija ühtlasi ka nõustumist lepingu tingimusega¹⁸⁴, tarkvararakenduse puhul tarkvara pilveteenuse lepingu tüüptingimustega. Kirjeldatud viisil on tüüptingimused kättesaadavad näiteks Spotify kasutajale. Spotify poolt pakutavat tarkvara pilveteenust on võimalik hakata kasutama registreerudes Spotify veebilehel kasutajaks. Seejuures tähendab Spotify kasutajaks registreerimine ühtlasi ka nõustumust Spotify lepingutingimustega.¹⁸⁵ Nii ei saa Spotify kasutaja erinevalt näiteks Dropbox'i pilveteenuse kasutajast väljendada "mina nõustun" nupule klikkides nõustumust tüüptingimustega.

Seega tõusetub ennekõike *browse-wrap* meetodil tarkvara teenuse lepingu sõlmimise puhul teravamalt esile küsimus tüüptingimuste lepingu osaks saamisest. Samuti tekitab *browse-wrap* meetodil lepingu sõlmimine põhjendatud küsimuse, kas tüüptingimuste esitamine *browse-wrap* viisil on piisav tüüptingimuste lepingusse inkorporeerimiseks ja kas tüüptingimuste lepingusse integreerimine peaks olema seotud lepingu sõlmimiseks nõustumuse andmisega või peaks integreerimine toimuma eraldi õigusliku toiminguga.¹⁸⁶ VÕS § 37 lg-st 1 tulenev regulatsioon, mille järgi saavad tüüptingimused lepingu osaks ka juhul, kui nende olemasolu on sõlmimise viisist tulenevalt eeldatav ja tulevasel pilveteenuse kasutajal oli võimalus nende sisust teada saada, võimaldab möönda, et Eesti õiguse kohaselt peaksid tüüptingimused *browse-wrap* viisil tarkvara teenuse lepingut sõlmides pigem saama lepingu osaks.

¹⁸² G.J.H. Smith. Internet Law and Regulation. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 821.

¹⁸³ R. A. Hillman, J. J. Rachlinski. Standard-Form Contracting in the Electronic Age. - NYU Law Review, Vol. 77, No. 2, 2002, p. 63.

¹⁸⁴ Loos (viide 106), lk 11.

¹⁸⁵ Spotify veebileht sätestab järgmist: "By clicking on Sign up, you agree to Spotify's terms & conditions and privacy policy." Spotify. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <https://www.spotify.com/ee/>. 15.04.2014.

¹⁸⁶ Micklitz, Reich, p. 20; Loos (viide 106), lk 11.

M. Loos on juhtinud tähelepanu, et Euroopa Kohtu lahendi C-49/11¹⁸⁷ valguses on digitaalse infosisu üleandmise lepingu sõlmimisel *browse-wrap* viisil, mille puhul on tüüptingimused kättesaadavad veebilehel hüperlingi kaudu ning vastupidiselt *click-wrap* meetodile ei ole tarbijal võimalik tingimustega aktiivselt vastaval nupul klikkides või linnukese kasti tegemise nõustuda, tüüptingimuste saamine lepingu osaks pigem ebatõenäoline.¹⁸⁸ Euroopa Kohus analüüsis otsuses C-49/11 tüüptingimustest teavitamist Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 97/7/EÜ tarbijate kaitse kohta sidevahendi abil sõlmitud lepingute korral¹⁸⁹ (edaspidi kaugmüügi direktiiv) art 5 lg 1 tähenduses, mis sätestab tarbijale enne sidevahendi abil lepingu sõlmimist esitatava teabe ja selle esitamise viisi. Euroopa Kohus asus seisukohale, et kui teave on kättesaadavaks tehtud üksnes asjaomase ettevõtja veebilehel asuva hüperlingi kaudu, ei ole see teave kaugmüügi direktiivi art 5 lg 1 tähenduses tarbijale „edastatud” ning tarbija ei ole seda „saanud”. Ehkki nimetatud juhul asjakohastes EÜM-i art 24 p-des 3 ja 4 sätestatud teavitamiskohustuse regulatsioon kasutab teistsugust sõnastust, ei näe autor ühtegi põhjust, miks ei võiks Euroopa Kohtu sellekohane seisukoht rakenduda ka *browse-wrap* viisil sõlmitud tarkvara teenuse lepingute kui digitaalse infosisu üleandmise lepingute puhul.¹⁹⁰

Euroopa Kohtu lahendist C-49/11 tuleneb sellise *browse-wrap* meetodil sõlmitava tarkvara pilvepingu jaoks, mis on kvalifitseeritav digitaalse infosisu üleandmise lepinguna, teinegi oluline tähelepanek – veebileht, mille kaudu muudetakse tüüptingimused kättesaadavaks ning mille kaudu toimub tarkvara teenuse lepingu sõlmimine, ei pruugi olla käsitletav püsiva andmekandjana EÜM art 2 p (t) mõttes¹⁹¹. Seejuures sätestab aga EÜM art 24 p 4, et lepingutingimused tehakse teisele poolele kättesaadavaks tekstina, mis on väljendatud tähtede või muude arusaadavate märkidega ja mis on püsival andmekandjal, sellise vahendi abil, mis võimaldab tekstis sisalduva teabe lugemist, salvestamist ja reprodutseerimist materiaalses vormis.

¹⁸⁷ EK 05.07.2012, C-49/11, *Content Services Ltd vs Bundesarbeitskammer*, eelotsusetaotlus.

¹⁸⁸ Loos (viide 106), lk 11.

¹⁸⁹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20.05.1997 direktiiv 97/7/EÜ, tarbijate kaitse kohta sidevahendi abil sõlmitud lepingute korral. – ELT L 144, 04/06/1997, lk 19-27 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 15, kd 3, lk 319-327).

¹⁹⁰ Tarbijaga sõlmitav digitaalse infosisu üleandmise leping ja seega ka tarkvara teenuse leping on kaugmüügi direktiivi kohaldamisalas, kuivõrd tegemist on sidevahendi abil sõlmitud lepinguga kaugmüügi direktiivi art 2 p 1 tähenduses.

¹⁹¹ Euroopa Kohus on seda küsimust analüüsinud otsuse C-49/11 p-des 38-51.

Eeltoodust tulenevalt esineb põhjendatud alus nõustumaks M. Loosi poolt väljendatud kahtleva hoiakuga seoses tüüptingimuste saamisega digitaalse infosisu üleandmise lepingu osaks, kui vastav leping sõlmitakse *browse-wrap* viisil.

Kuigi tarbija õiguste direktiivis puudub tüüptingimuste regulatsioon, möönab autor eelnevalt EÜM-i pinnalt avaldatud ja M. Loosi tähelepanekuid silmas pidavate seisukohtade asjakohasust ka tarbija õiguste direktiivi kontekstis. Tehtud järeldused on kohased tarkvara pilvelepingute kui tarbija õiguste direktiivi kohaldamisalas asuvate tarbijaga sõlmitavate digitaalse infosisu tarnimise lepingute osas. Nimelt sätestab tarbija õiguste direktiivi art 6 p 1 teabe, mis tuleb tarvara teenuse osutajal esitada tarkvararakenduse kasutajale enne lepingu sõlmimist. Lepingu sõlmimisel *browse-wrap* meetodil on aga küsitav, kas viidatud normis sätestatud teavet saab käsitleda esitatuna enne pilvelepingu sõlmimist.

Tarkvara teenuse lepingute sõlmimisest *click-wrap* ja *browse-wrap* viisil on tüüptingimuste kättesaadavaks tegemise ja lepingu osaks saamise seisukohalt olulise tähtsusega, kuidas on tüüptingimused veebilehel tarkvararakenduse kasutajale esitatud, väljendatud, täpsemalt, kuidas on veebilehe kaudu vahendatud tüüptingimusi sisaldav internetilink. Ehkki Euroopa Kohtu otsusest C-49/11 on võimalik tuletada, et Euroopa Kohus ei toetaks digitaalse infosisu üleandmise lepingute sõlmimist *browse-wrap* viisil, ei pööranud Euroopa Kohus oma argumentatsioonis tähelepanu, kuidas on tüüptingimuste edastamine veebilehel täpsemalt korraldatud. Nimetatud küsimuses autorile teadaolevalt kohane Euroopa Kohtu praktika hetkel puudub. Samas on USA kohtud võrreldes Euroopa Kohtu ja Euroopa riikide kohtutega andnud kohtupraktika kaudu põhjalikumaid suuniseid tüüptingimuste kättesaadavaks tegemise kohta *browse-wrap* meetodil.¹⁹² Sellest tulenevalt peab töö autor vajalikuks ka neid siinkohal adresseerida. I. Gupta on teinud asjassepuutuvaid USA ja Kanada kohtulahendeid analüüsides järgmised tähelepanekud.

Esiteks on oluline, et tüüptingimustele juurdepääsu võimaldav internetilink ei asuks tüüptingimuste kasutaja veebilehe lõpus, selline tüüptingimustest teavitamise viis ei ole piisav. Teiseks, kui internetilingi asukoht veebilehel ei võimalda lingi kohest märkamist, on tüüptingimustest teavitamine aktsepteeritav vastavasisulise selgesõnalise teadaande, viite abil tüüptingimuste olemasolule. Kolmandaks, tüüptingimustest kohase teavitamise eesmärgil on olulised veebilehe ja tüüptingimustele suunava internetilingi õiged värvikombinatsioonid, mis

¹⁹² I. Gupta. Are websites adequately communicating terms & conditions link in a browse-wrap agreement? - European Journal for Law and Technology, Vol. 3, No. 2, 2012, p. 1. Arvutivõrgus. Kättesaadav: Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://ejlt.org/article/view/47>. 04.05.2014.

muudavad internetilingi ja selle kaudu tüüptingimused paremini nähtavaks.¹⁹³ Tarkvara teenuse osutaja Spotify võimaldab lepingu sõlmimist pilveteenuse osutamiseks *browse-wrap* viisil. Kuivõrd internetilink tüüptingimustega ei asu Spotify veebilehe lõpus, ei jää vastav link märkamata ning tähelepanu sellele tõmbab ka internetilingi must värvus ja selle n-ö aktiivsus kursoriga lingi kohale liikudes. Seega oleks USA ja Kanada kohtulahenditest tulenevate seisukohtade alusel võimalik iseenesest jaatada tüüptingimuste saamist Spotify'ga sõlmitava tarkvara pilveteenuse lepingu osaks. Euroopa Kohtu lahendi C-49/11 valguses on see siiski kaheldav.

Eeltoodu põhjal on võimalik asuda seisukohale, et tarkvara teenuse lepingu sõlmimisel *click-wrap* meetodil, kus pilveteenuse kasutaja peab enne lepingu sõlmimist väljendama eraldi nõustumist lepingu tingimustega, muutuvad tüüptingimused lepingu osaks nii VÕS § 37 lg 1 kui ka EÜM art 24 p 3 (e) ja art 70 p 1 järgi. Tõsikindlat järeldust tüüptingimuste saamise kohta *browse-wrap* viisil sõlmitava pilvelepingu osaks pole aga võimalik teha, seejuures tuleks eelnevalt käsitletu ja ennekõike Euroopa Kohtu otsuse C-49/11 valguses tüüptingimusi selliselt sõlmitava tarkvara teenuse lepingu osana tõenäoliselt pigem siiski eitada. VÕS § 37 lg-s 1 sätestatu kehtivas sõnastuses näib toetavat lahendust, mille kohaselt on võimalik jaatada tüüptingimuste saamist lepingu osaks ka *browse-wrap* meetodil pilvelepingut sõlmides.

4.3 Pilveteenuse lepingus sätestatud tüüptingimuste kehtivus

Isegi kui tüüptingimused on muutunud tarkvararakenduse kasutamiseks sõlmitava pilveteenuse lepingu osaks, ei pruugi olla pilveteenuse osutajal kui tüüptingimuste kasutajal võimalik nendele tugineda. Läbirääkimata lepingutingimused pilveteenuse lepingutes on enamasti sätestatud pilveteenuse pakkuja kasuks ja kujutavad endast sageli sätteid, mis on pilveteenuse kliente kahjustavad ja tõenäoliselt jõustamatud.¹⁹⁴ VÕS § 42 lg 1 mõttes tähendab see, et tüüptingimus võib olla pilveteenuse kasutajat ebamõistlikult kahjustav ja seega tühine.

Londoni Ülikooli 2010. a uuringuga selgitati välja enamlevinud tüüptingimused, mida pilveteenuse pakkujad pilvelepingutes kasutavad.¹⁹⁵ Näiteks välistavad paljud pilveteenuse pakkujad vastutuse pilves asuvate andmete terviklikkuse eest, s.o vastutuse välistamine

¹⁹³ Gupta, pp. 4-5.

¹⁹⁴ Millard, p. 33.

¹⁹⁵ Bradshaw, Millard, Walden, pp. 21-22.

pilvest andmete kadumise puhuks, ning sätestavad pilveteenuse kliendi täieliku vastutuse tema andmete konfidentsiaalsuse ja terviklikkuse tagamiseks.¹⁹⁶ Lisaks vastutuse välistamisele andmete kadumise puhuks, on võimalik täheldada, et kui kohaldatavaks õiguseks on mõne USA osariigi õigus, on selle kohaselt pilveteenuse pakkuja vastutus välistatud reeglina igasuguse kahju tekitamise eest, ent samas on see tüüptingimusena sätestatud vägagi üldsõnaliselt.¹⁹⁷ Ka autori poolt varem näitena toodud Dropbox on sellise vastutust välistava klausli tüüptingimusena lepingusse lisanud.¹⁹⁸ Seevastu Euroopa pilveteenuse pakkujad välistavad enamasti pilvelepingus vastutuse juhuks, kui kahju põhjustab vääramatud jõud.¹⁹⁹ Kui vastutust ei ole täielikult välistatud, on see tihti peale piiratud.²⁰⁰

Tarkvara teenuse pakkuja vastutust välistavate ja piiravate tüüptingimuste olemasolu pilvelepingus on ajendatud asjaolust, et pilveteenuse olemusest tingituna mõjutavad pilveteenusega seotud tõrked paljusid kliente.²⁰¹ Iseloomustab ju pilveteenust infotehnoloogiliste ressursside ühiskasutus pilveteenuse klientide poolt. Sellest tulenevalt ohustaksid pilveteenuse pakkuja tegutsemist tarkvararakenduse pakkumisel tema vastu klientide poolt esitatavad potentsiaalsed kahjunõuded.²⁰² Kuigi võimalike kahjunõuete esitamise riski maandamine vastutust välistavate ja piiravate lepinguklauslite kaudu on teenuse osutaja seisukohalt mõistetu, pole kõikvõimalike riskide pilveteenuse kasutaja kanda jätmine autori hinnangul proportsionaalne. Sellisel juhul võib väita, et tarkvara teenuse lepingus sätestatud õiguste ja kohustuste tasakaal tugevalt tarkvararakenduse kasutaja kahjuks kaldu.

A. Cunningham ja C. Reed on tõstatanud küsimuse, kas vastutuse välistamine pilves majutatud andmete kadumise ja ohustatuse puhuks on pilveteenuse pakkujapoolse hoolsuskohustuse piiramine teenuse pakkumisel ja kirjeldatud vastutuse välistamine

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 33.

¹⁹⁸ Dropbox'i lepingus sisalduv vastutust välistav tüüptingimus: "TO THE FULLEST EXTENT PERMITTED BY LAW, IN NO EVENT WILL DROPBOX, ITS AFFILIATES, OFFICERS, EMPLOYEES, AGENTS, SUPPLIERS OR LICENSORS BE LIABLE FOR (A) ANY INDIRECT, SPECIAL, INCIDENTAL, PUNITIVE, EXEMPLARY OR CONSEQUENTIAL (INCLUDING LOSS OF USE, DATA, BUSINESS, OR PROFITS) DAMAGES, REGARDLESS OF LEGAL THEORY, WHETHER OR NOT DROPBOX HAS BEEN WARNED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES, AND EVEN IF A REMEDY FAILS OF ITS ESSENTIAL PURPOSE /.../". Dropbox.

¹⁹⁹ Bradshaw, Millard, Walden, p. 34.

²⁰⁰ A. Cunningham, C. Reed. Caevat Consumer? – Consumer Protection and Cloud Computing Part 2 – The Application of ex ante and ex post Consumer Protection Law in the Cloud. - Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 133/2013, p. 39. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2212051, 15.04.2014.

²⁰¹ Marchini, p. 133.

²⁰² *Ibid.*

ebaõiglane.²⁰³ Nad on jõudnud seisukohale, et lepingusäte, mis välistab või piirab hoolsuskohustuse rikkumisest tulenevat vastutust, on ilmselt ebaõiglane. Nad rõhutavad samas, et andmete kadumine võib olla põhjustatud ka asjaoludest, mis ei seonu pilveteenuse pakkuja kohustusega tagada kvaliteetne pilveteenus ja pilverakenduse toimimine, mistõttu on sellisel juhul vastutuse piiramine mõistlik ja seda ennekõike juhul, kui pilveteenuse kasutajal on võimalik võtta tarvitusele ettevaatusabinõusid, näiteks teha varukoopiaid.²⁰⁴ Seejuures võimaldavad paljud pilveteenuse pakkujad, nagu näiteks Amazon, ise varukoopiate tegemist kui lisateenust: kui pilveteenuse kasutaja on nõus rohkem maksma, teeb teenuse pakkuja varukoopiaid ja vastutab varukoopiate terviklikkuse ja andmete kadumise eest.²⁰⁵

VÕS § 42 lg 3 p 1 mõttes oleksid eelnevalt viidatud vastutuse välistamise ja piiramise kokkulepped tarkvararakenduse kahtlemata kasutajat ebamõistlikult kahjustavad, kuivõrd nendest ei nähtu, et vastutus on välistatud ja piiratud sisuliselt ka juhuks, kui kahju tekitatakse tahtlikult või raske hooletuse tõttu. Seega ei too sellised tüüptingimused tarkvara teenuse lepingus Eesti õiguse kohaselt õiguslikke tagajärgi ning pilveteenuse pakkujal pole tüüptingimuste tühisuse tõttu võimalik nendele tugineda (VÕS § 42 lg 1). EÜM art 84 p b) järgi loetakse samuti lepingutingimus, millega välistatakse vastutus või piiratakse seda juhuks, kui kahju tekitatakse tahtlikult või raske hooletuse tõttu, alati ebamõistlikult kahjustavaks.²⁰⁶ Selline lepingutingimus ei ole tarkvara teenuse kasutaja jaoks siduv (EÜM art 79 p 1).

Tarkvara pilveteenuse pakkuja vastustust välistavate ja piiravate tüüptingimuste kõrval väärivad esile toomist ka tasulistes ja tasuta pilveteenuse lepingutes sisalduvad tüüptingimused, mille kohaselt on klient kohustatud rahuldama igasuguse nõude, mis tuleneb vastava pilverakenduse kasutamisest kliendi poolt ja mis on pilveteenuse pakkuja vastu esitatud.²⁰⁷ Kuna kirjeldatud tüüptingimused ei mahu VÕS § 43 lg-s 3 sätestatud loetelu hulka, tuleb tüüptingimuste ebamõistlikku kahjustamist ja sellest põhjustatud tühisust kontrollida VÕS § 42 lg 1 alusel. Autori hinnangul kvalifitseeruvad sellised sätted lepingutingimustena, mis rikuvad oluliselt tarkvararakenduse kasutaja kahjuks pilvelepingust tulenevate õiguste ja kohustuste tasakaalu. Seda seisukohta pooldavad ka A. Cunningham ja

²⁰³ Cunningham, Reed (viide 200), lk 38.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Hon, Millard, Walden, p. 96.

²⁰⁶ Selline tüüptingimus loetakse EÜM art 84 p (b) järgi alati tühiseks tarbijaga sõlmitud tarkvara teenuse lepingu puhul. Ettevõtjate vahelises lepingus sätestatud tingimuste ebaõigluse testi kohta vt käesoleva töö ptk 3.2.

²⁰⁷ Bradshaw, Millard, Walden, pp. 36-37.

C. Reed, põhjendades seda muuhulgas järgmiselt. Keskmise tarbija ei saa reeglina pilveteenuse kasutamisega seotud nõuandeid enne lepingu sõlmimist, samuti pole mõistlikult eeldatav, et pilveteenuse kasutamine on kliendile pidevalt tagatud ning kõigele lisaks on pilveteenuse pakkujal reeglina võimalik loota kindlustuskaitsele seoses pilveteenuse võimalike tõrgetega. Selle valguses on ebamõistlik tüüptingimus, millega sätestatakse tarkvara teenuse kasutaja kohustus rahuldada tõepoolest igasugune kolmanda isiku nõue, mis teenuse pakkuja vastu pilveteenuse kasutamisega seonduvalt esitatakse.²⁰⁸ Kõnealuse tüüptingimuse võib sarnaselt VÕS-iga lugeda ebamõistlikult kahjustavaks ka EÜM art 83 p 1 tähenduses.

Näide potentsiaalselt tühisest tüüptingimusest on tarkvara teenuse lepingu osaks saanud tüüptingimus, mille kohaselt on pilveteenuse pakkujal ühepoolne õigus lepingu muutmiseks selliselt, et teenuse pakkuja on õigustatud oma veebilehele postitama pilveteenuse lepingu uuendatud versiooni ning vastava pilveteenuse kasutamise jätkamisega nõustub klient konkludentset lepingus tehtud muudatustega. Paljud pilveteenuse pakkujad on seisukohal, et uuendatud versiooni üles riputamine veebilehele on piisav kliendi teavitamiseks lepingu muudatustest, ehkki on neidki, kes peavad õigeks muudatustest teavitamist e-kirja vahendusel.²⁰⁹ Kuigi tüüptingimuse kehtivuse hindamisel mõistlikkuse ja õigluse seisukohalt tuleks arvestada pilvetehnoloogia ja ärimudelite kiiret arengut, kujutaks pilveteenuse pakkujate õiguse kehtestada ühepoolset uusi lepingutingimusi andmata tarkvararakenduse kasutajale võimalust muudatustest keeldumiseks, aktsepteerimine liigset paindlikkust.²¹⁰ VÕS § 42 lg 3 p 14 järgi on ebamõistlikult kahjustav tüüptingimus, millega nähakse ette tingimuse kasutaja õigus seaduses sätestamata või lepingus nimetamata põhjusel või viisil muuta ühepoolset lepingutingimusi. Kui pilveteenuse lepingus pole sätestatud põhjust või viisi lepingumuudatuste läbiviimiseks, on selline tüüptingimus VÕS § 42 lg 3 p 14 ja VÕS § 42 lg 1 kohaselt tühine. Samale seisukohale jõudmist võimaldavad ka EÜM art 85 p i) ning EÜM art 83 p 1. Lepingutingimuste ühepoolse muutmise õigus, selle põhjust ja viisi sätestamata, sisaldub näiteks Spotify ja tarkvararakenduse kasutajaga sõlmitavas lepingus. Lepingu p 2 alusel on Spotify reserveerinud endale õiguse lepingumuudatuste tegemiseks oma äranägemisel, kui muudatused on Spotify hinnangul olulised, teavitatakse klienti kasutatava

²⁰⁸ Cunningham, Reed (viide 200), lk 39.

²⁰⁹ Bradshaw, Millard, Walden, p. 21.

²¹⁰ Cunningham, Reed (viide 200), lk 33.

pilveteenuse kaudu.²¹¹ Eelnevast nähtuvalt oleks selline tüüptingimus nii Eesti õiguse kui ka EÜM järgi tühine.

Londoni Ülikooli 2010. a uuringust nähtuvalt sisalduvad tarbijaga sõlmitud pilveteenuse lepingutes tüüptingimustena kohtualluvuse ja kohaldatava õiguse kokkulepped.²¹² Konstrueerides hüpoteetilise näite tüüptingimusena sätestatud kohtualluvuse kokkuleppe kohta, kus kostjaks on tarbija kui pilveteenuse kasutaja, kelle elukohariik on mõnes Euroopa Liidu liikmesriigis, võib jõuda näiteks tulemusele, et tüüptingimusena sätestatud kohtualluvuse kokkuleppe, mille kohaselt saab tarbijat hageda ainult pilveteenuse pakkuja riigi kohtus, ei vasta Brüssel I määruse²¹³ art–s 17 sätestatule. Vastus küsimusele kohtualluvuse kokkuleppe kehtivusest ja pilveteenuse tarbija hagemisest Eesti kohtus, on eitav. Tsiviilkohtumenetluse seadustiku²¹⁴ (edaspidi TsMS) § 106 lg 1 p 1 alusel on selline kohtualluvuse kokkuleppe tühine. Kuivõrd tegemist on tüüptingimusega, ei ole VÕS § 39 lg 2 järgi ka võimalik anda sellele tõlgendamisega sisu, mille kohaselt tingimus kehtib.²¹⁵ Nagu mainitud, oli näide kunstlik, ent samas ilmekas tõestus sellest, et kohtualluvuse kokkuleppe tühisus sellisel juhul aitab kaasa tarbijast tarkvararakenduse kasutaja kõrgetasemelise kaitse tagamisele. Praktikas, kuivõrd tuntud pilveteenuse pakkujad tegutsevad USA-s, soovitakse pilveteenuse lepingutega sätestada kohtualluvuse kokkuleppe tüüptingimusena just mõne USA osariigi kasuks.²¹⁶ Üldiselt aga leitakse, et tingimus, mis välistab tarbija võimaluse pöörduda kohalikku kohtusse, on pigem käsitletav ebaõiglasena.²¹⁷

Viimasena peab autor vajalikuks osutada tähelepanu tarkvara pilveteenuse kasutajale kuuluvate andmetega seotud küsimusi reguleerivatele tüüptingimustele. Ehkki pilvelepingu sätteid varieeruvad küsimuses, mis saab kliendi andmetest pärast õigussuhte lõppemist, on pilveteenuse pakkujaid, kes sätestavad lepingutingimustes, et kliendi andmed säilitatakse teatud perioodiks pärast lepingu lõppemist.²¹⁸ Asjaolu, et klient on andmete omanik ei tähenda, et teenuse pakkuja oleks automaatselt kohustatud andmed kliendile tagastama,

²¹¹ Spotify lepingu punkt 2 sätestab: *“Occasionally we may, in our discretion, make changes to the Spotify Service and Agreements. When we make changes to the Agreements that we consider material, we’ll notify you through the Service. By continuing to use the Service after those changes are made, you are expressing and acknowledging your acceptance of the changes.”*, Spotify.

²¹² Bradshaw, Millard, Walden, p. 18.

²¹³ Euroopa nõukogu 22.12.2000. a määrus (EÜ) nr 44/2001, kohtualluvuse ja kohtuotsuste täitmise kohta tsiviil-ja kaubandusajades. –ELT L, 16.01.2001, lk 1-23 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 19, kd 4, lk 42-64).

²¹⁴ Tsiviilkohtumenetluse seadustik. RT I 2005, 26, 197 ... RT I, 13.03.2014, 3.

²¹⁵ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 21.11.2012 kohtumäärus tsiviilasjas nr 3-2-1-123-12, p 10.

²¹⁶ Bradshaw, Millard, Walden, p. 44.

²¹⁷ Cunningham, Reed (viide 200), lk 30-31.

²¹⁸ Bradshaw, Millard, Walden, pp. 23-24.

mistõttu on pilveteenuse kasutaja huvides, et pilvelepingus oleks sätestatud teenuse pakkuja lepinguline kohustus andmete tagastada pärast lepingu lõppemist ja samuti kohustus kustutada koopiad kliendi andmetest.²¹⁹ Lisaks võib tarkvara teenuse kasutamiseks sõlmitav leping sisaldada pilveteenuse kasutaja suhtes ebasoodsaid sätteid kolmandatele isikutele andmete avaldamise ning andmete asukoha s.²²⁰ Nimetatud tüüptingimuste kehtivuse muudab VÕS § 42 lg 1 tähenduses küsitavaks kooskõla andmekaitseärruuega, EÜM art 83 p 1 mõttes ilmselt aga õiguste ja kohustuste ebavõrdne tasakaal tarkvarateenuse kasutaja kahjuks.

Ülalkirjeldatu näitas, et paljud tarkvara pilveteenuse lepingus sisalduvad tüüptingimused on VÕS-i ja EÜM-i kohaselt tegelikult tarkvararakenduse kasutajat ebamõistlikult kahjustavad ning pole sellest tulenevalt kasutajale siduvad. Kuna VÕS-i tüüptingimuste regulatsiooni lähtub ebaõiglase tingimuste direktiivi omast, on analüüsitud tüüptingimused tühised ka nimetatud direktiivi kohaselt.

²¹⁹ Marchini, p. 104.

²²⁰ Bradshaw, Millard, Walden, pp. 26-28.

5. Pilveteenuse lepingu sisu vastavus litsentsi-, teenuse osutamise ja kasutuslepingu tunnustele

5.1 Pilveteenuse lepingu vastavus litsentsilepingu tunnustele

5.1.1 Sarnasused

Kuna käesoleva töö fookuses on tarkvara teenuse osutamisel sõlmitav leping ning tarkvara kasutamise tingimused on võimalik määrata litsentsilepingus, on kohane analüüsida tarkvara pilveteenuse lepingu kvalifitseerimist litsentsilepinguna VÕS § 368 mõttes.

Autoriõiguse seaduse²²¹ (edaspidi AutÕS) § 4 lg 2 ning § 4 lg 3 p 3 kohaselt on arvutiprogramm teos, millele tekib autoriõigus. Tarkvara hõlmab arvutiprogramme teoste tähenduses.²²² Arvutitarkvara all mõistetakse lisaks arvutiprogrammidele ka sinna juurde kuuluvaid programikirjeldusi, kasutajajuhendeid jms, kuid arvutiprogrammid on siiski tarkvara kõige tähtsam osa.²²³ Seega on tarkvara kui loometöö tulemus igal juhul käsitletav intellektuaalse omandi objektina. Seejuures käsitleb autor alljärgnevas analüüsis teosena just tarkvara ning mitte tarkvararakendust, kuivõrd viimase näol on tegemist lihtsalt tarkvara pilveteenuse puhul kliendi poolt tegelikult kasutatava tarkvara visuaalse väliskujuga. Sellist lähenemist toetab ka Euroopa Kohus, olles seisukohal, et kuivõrd graafiline kasutajaliides²²⁴ ei võimalda arvutiprogrammi reprodutseerida, vaid on ainult programmi element, mille abil kasutajad saavad programmi kasutada, ei ole liides reeglina arvutiprogrammi avaldumisvorm ega seeläbi ka autoriõigusega kaitstav kui arvutiprogramm.²²⁵

Üldjuhul kuuluvad autori isiklikud ja varalised õigused algselt teose autorile (AutÕS § 28 lg 1), nii ka tarkvara kui teose autorile. Tarkvara autoriks saab AutÕS § 28 lg 1 järgi olla üksnes füüsiline isik. Äriühing saab omada isiklikke ja varalisi õigusi tarkvara suhtes vaid AutÕS-ga

²²¹ Autoriõiguse seadus. RT I 1992, 49, 615 ... RT I, 14.06.2013, 3.

²²² M. Rosentau. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias. Autori varalised õigused. - Juridica 10/2010, lk 751.

²²³ Eesti Äritarkvara Liit. Arvutitarkvara ja piraatlus. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.tarkvaraliit.ee/et/Arvutikasutajale/Arvutitarkvara-ja-piraatlus>. 28.01.2014

²²⁴ Graafiline kasutajaliides on arvuti graafikakuvamise võimalusi kasutav tarkvaraliides, mis teeb programmide kasutamise lihtsamaks. Graafiline kasutajaliides sisaldab järgmisi komponente: kuvaril liikuv viit ehk kursos, osutusseaduse (tavaliselt hiir), ikoonid, aknad ja menüüd. E-teatmik.

²²⁵ EK 22.12.2010, C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany vs Ministerstvo kultury*.

ettenähtud juhtudel (AutÕS § 28 lg 3). Näiteks jäävad AutÕS § 32 lg-st 5 tulenevalt tööülesannete täitmise käigus või tööandjalt saadud juhiseid järgides loodud tarkvara puhul autorist töötaja isiklikud ja varalised õigused töötajale ning äriühingust tööandja saab varaliste õiguste ainulitsentsi, kui lepingus ei ole ette nähtud teisiti. Viidatud säte peegeldab M. Rosentau hinnangul intellektuaalse omandi autoriõigusliku kaitse ebasümmeetrilisust õiguste hilisema omandaja suhtes - seadus kaitseb rangelt autori või autoriõiguste algset omanikku, õiguste järgnev omandaja peab ennast kaitsma igakordselt sõlmitava autorilepinguga.²²⁶ Seejuures ei sätesta AutÕS-i tingimusi ainulitsentsile, mille alusel saaks tööandja oma töötaja varalised õigused endale, kuid VÕS § 370 lg 2 mõtte kohaselt annab ainulitsentsileping tarkvara pilveteenuse ettevõttele tööandjana õiguse kasutada tarkvarast tulenevaid õigusi, välistades töötaja kui tarkvara algse autori õiguse sõlmida litsentsilepinguid teiste isikutega ja ise sama õigust kasutada. Kuivõrd AutÕS-s pole ainulitsentsi tingimusi nimetatud juhul sätestatud, on olulise tähtsusega töösuhte aluseks olev leping (tööleping, töövõtuleping jm), mis peaks muuhulgas täpsemalt reguleerima autoriõiguste kuuluvusega seonduvat.

Mõistetavalt võib tarkvara arendusprotsessis osaleda mitmeid isikuid, kellel on tarkvara arendusprojektis erinevad rollid ning sellest lähtuvalt võib tarkvara vaadelda ühisautorsusena või kaasautorsusena (AutÕS § 30 lg 2).

Kui autori isiklikud õigused on AutÕS § 11 lg 1 järgi autori isikust lahutamata ning pole üleantavad, siis varalisi õigusi võib teostada autori asemel ka teine isik. Autor või õiguste esialgne omaja võib kõik varalised õigused hoida endale, andes tarkvara kasutajatele vaid kasutusloa (litsentsi). Kõiki varalisi õigusi või igat üksikut varalist õigust võib jagada, andes selle teisele isikule (või kõigile isikuile) ja jättes sama(d) õiguse(d) ka endale; loovutada; hoida, anda või loovutada osaliselt.²²⁷ Kuigi tarkvara kasutamine võib AutÕS § 46 lg-st 1 nähtuvalt toimuda selliselt, et autor loovutab oma varalised õigused, on tarkvara pilveteenuse valguses ennekõike oluline viidatud sättega antud võimalus tarkvara kasutamiseks litsentsi alusel.

Kokkulepet autori või tema õigusjärglase ja teost kasutada sooviva isiku vahel väljendab autorileping. Kuivõrd tarkvara teenus kujutab endast kliendi jaoks tarkvara kasutamist, võib selleks sõlmitava lepinguna osutada asjakohaseks autorileping AutÕS § 48 lg 2 mõttes, mis

²²⁶ M. Rosentau. Riigi ja kohaliku omavalitsuse asutuste poolt tellitava arvutitarkvara autoriõiguste omandamise, litsentseerimise ja teenusepõhise kasutuse põhimõtted. Lk 15. Arvutivõrgus. Kättesaadav: https://www.osale.ee/konsultatsioonid/files/consult/99_AITP%20vers%201-0.doc. 15.04.2014.

²²⁷ Rosentau (viide 222), lk 755.

sõlmitakse juba olemasoleva teose ehk antud juhul tarkvara kasutamiseks. Olemasoleva teose kasutamiseks sõlmitav autorileping on litsentsileping. Ühtlasi tuleb silmas pidada § 48 lg-s 3 sätestatud, mille järgi tuleb olemasoleva teose kasutamise korral litsentsilepingu alusel kohaldada autorilepingule ka VÕS-is litsentsilepingu kohta sätestatud, kui AutÕS-st ei tulene teisiti. Järelikult tuleb tarkvara pilveteenuse lepingu analüüsimisel silmas pidada mõlema seaduse vastavasisulist regulatsiooni.

Litsentsi liikidena eristab VÕS § 370 lihtlitsentsi ja ainulitsentsi. Erinevalt ainulitsentsist säilitab litsentsiandja ehk tarkvara autor või tema õigusjärglane VÕS § 370 lg-st 1 nähtuvalt lihtlitsentsilepinguga õiguse tarkvara kasutada, samuti ei kao õigus tarkvara kasutamise lubamiseks litsentsisaaja kõrval ka teistel isikutel. M. Rosentau eristab tarkvara kasutamise kahte astet: tarkvara kasutamist otstarbel, milleks see on loodud ja tarkvara kasutamist kaubana ärilistel või muudel eesmärkidel. Lihtlitsentsi seob ta just esimese kasutusviisiga.²²⁸ Seega on toimub selle käsitle kohaselt tarkvara otstarbekohane kasutamine lihtlitsentsilepingu alusel.

VÕS § 370 lg-s 1 sätestatud lihtlitsentsilepingu definitsioonist nähtuvalt on lihtlitsentsilepingu esemeks õigus. AutÕS § 48 lg 1 kohaselt on autorilepingu objektiks aga teos, kõnealusel juhul niisiis tarkvara. Pilveteenuse lepingu kvalifitseerimise ja õigusselguse seisukohalt laiemalt, pidades muuhulgas silmas, et AutÕS § 48 lg 3 järgi tuleb olemasoleva teose kasutamise korral litsentsilepingu alusel kohaldada autorilepingule VÕS-i litsentsilepingu regulatsiooni, on segadust tekitav AutÕS-i autorilepingu ja VÕS-is sätestatud litsentsilepingu erinevus lepingu esemes. VÕS-i kommentaaride järgi viitab VÕS § 370 lg-st 1 nähtuva õiguse ehk kasutusõiguse mõiste sellele, et litsentsilepingu alusel litsentsisaaja ei omasta teisele isikule kuuluvaid intellektuaalsest varast tulenevaid õigusi, vaid saab loa neid teatud tingimustel kasutada.²²⁹ Seega peaks VÕS-i regulatsioonist nähtuvalt olema tarkvara pilveteenuse lepingu esemeks tarkvarast tulenevate õiguste kasutusõigus, AutÕS järgi aga tarkvara kui teos. Järelikult tekib grammatilisel tõlgendamisel kummaline olukord, kus litsentsilepingu ja autorilepingu objektid on erinevad, ehkki autorileping peaks AutÕS § 48 lg-test 1 ja 2 tulenevalt hõlmama litsentsilepingu.

Tingituna AutÕS-i prioriteetsusest VÕS-i ees (AutÕS § 48 lg 3), tuleks VÕS-is sisalduv litsentsilepingu kohta sätestatu jätta kohaldamata. Käsitletud õigusterminoloogilised

²²⁸ Rosentau (viide 222), lk 756.

²²⁹ P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus II. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2009, § 368/4.1.1.

erinevused viivad omakorda aga tulemuseni, mis pole autori hinnangul tegelikult kooskõlas AutÕS § 48 lg 3 eesmärgiga. VÕS-i litsentsilepingu regulatsiooni kohaldamata jätmine tähendaks näiteks VÕS §-st 373 tuleneva litsentsilepingul põhineva kaitsekohustuse rakendamise võimatust olukorras, kus sellist kohustust lepingus mingil põhjusel ei sätestata.²³⁰ M. Rosentau on juhtinud tähelepanu, et arvutitarkvara litsents on teose kasutamise luba, kuid rõhutanud ühtlasi, et autorilitsentsi täpne tähendus AutÕS-is ja VÕS-is on üsna raskesti tõlgendatav.²³¹

Eelkirjeldatu näol pole siiski tingimata tegemist ületamatu vastuoluga, vaid see võib olla tõlgendamise kaudu kõrvaldatav. Ehkki AutÕS § 48 lg 1 järgi antakse autorilepinguga teisele isikule luba teose kasutamiseks, võib väita, et sellega teeb nimetatud säte tegelikult viite AutÕS § 13 lg-s 1 sätestatud autori varaliste õiguste kataloogile. AutÕS § 13 lg-s 1 toodud varalised õigused osutavad tegelikult teose kasutamisele teatud viisil. Teisisõnu, teose kasutamine võib väljenduda selle reprodutseerimises (AutÕS § 13 lg 1 p 1), levitamises (AutÕS § 13 lg 1 p 2), tõlkimises (AutÕS § 13 lg 1 p 3) jne. Teose kasutamine tähendab järelikult autorile kuuluva õiguse(te) kasutamist. Seega ei saa teha tõsikindlat järeldust, et AutÕS-i autorileping ja VÕS-i lihtlitsentsileping erinevad teineteisest kardinaalselt, vastupidi - autori hinnangul ei tohiks välistada käsitlust, et AutÕS § 48 lg-s 1 sätestatud luba teose kasutamiseks tähendab AutÕS § 13 lg-s 1 reguleeritud varaliste õiguste valguses tegelikult mõne autorile kuuluva õiguse kasutamist. Sellisel juhul oleksid autorilepingu ja VÕS-is reguleeritud litsentsilepingu objektid ühetaolised.

Tarkvara teenuse lepingu puhul võib autori varalistest õigustest lepingu objektina kõige tõenäolisemalt kõne alla tulla AutÕS § 13 lg 1 p 9¹ kohane õigus teha teos üldsusele kättesaadavaks sellisel viisil, et isikud saavad teoseid kasutada nende poolt individuaalselt valitud kohas ja ajal. Muud varalised õigused, ka õigus teose reprodutseerimisele, mida on käesoleva töö autor allpool põhjalikumalt adresseerinud, pole tarkvara pilveteenuse olemust arvates asjakohased. Tarkvara teenuse kasutaja saab tarkvara ehk tarkvararakendust kasutada seega läbi üldsusele kättesaadavaks tegemise õiguse AutÕS § 13 lg 1 p 9¹ mõttes.²³²

²³⁰ VÕS § 373: Kui kolmas isik takistab litsentsisaajat tema litsentsilepingust tulenevate õiguste kasutamisel või rikub neid õigusi, peab litsentsisaaja sellest viivitamata teatama litsentsiandjale, kes peab viivitamata võtma tarvitusele kõik vajalikud abinõud, et võimaldada litsentsilepingust tulenevate õiguste kasutamist ja lõpetada litsentsisaaja õiguste rikkumine. Kui litsentsiandja võtab sellised abinõud tarvitusele, peab litsentsisaaja temaga vajalikul määral koostööd tegema.

²³¹ Rosentau (viide 226), lk 6.

²³² Autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste seaduse eelnõu § 13 p-ga 6 ja § 16 lg-ga 1 on üldsusele kättesaadavaks tegemine hõlmatud suunamisõigusega. Autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste seaduse eelnõu, 01.02.2014. Arvutivõrgus. Kättesaadav:

Pilveteenuse pakkuja teostab veebilehe vahendusel tarkvara pilveteenuse kasutamise võimaldamise kaudu õigust teos üldsusele kättesaadavaks teha.

M. Rosentau, nagu eelnevalt viidatud, eristab seevastu tarkvara otstarbekohast kasutamist ja tarkvara kasutamist kaubana ärilistel või muudel eesmärkidel, lihtlitsentsilepingu alusel toimub tarkvara otstarbekohane kasutamine. Ta on ka seisukohal, et tarkvara funktsionaalset kasutamist võimaldav kasutusluba ehk autorilitsents ei anna kasutajale varalisi õigusi, isegi mitte reprodutseerimisõigust.²³³ Sellest tulenevalt võimaldab lihtlitsents M. Rosentau käsitluses küll tarkvara kasutamist loodud eesmärgil, näiteks pilditöötlustarkvara fotode töötlemist, aga AutÕS § 13 lg 1 p-des 1-11 loetletud varaliste õiguste teostamist ega AutÕS §-s 13² sätestatud arvutiprogrammi autori varalist õigust arvutiprogrammi füüsiliseks kasutamiseks ja valdamiseks ärilisel eesmärgil lihtlitsentsileping ei hõlma.

Kuigi käesoleva töö autor nentis, et tarkvara teenuse lepingu objektina võib kõne alla tulla teose üldsusele kättesaadavaks tegemise õigus, möönab autor M. Rosentau käsitluse valguses ja tarkvara pilveteenuse eripära seoses teenuse pakkuja poolt juurdepääsu võimaldamisega silmas pidades, et tarkvara teenuse leping ei tavatse vastavasisulise õiguse kasutamist tingimata hõlmata. Tarkvararakendustele on veebibrauseri kaudu tagatud ligipääs, mistõttu tekib põhjendatult küsimus, miks peaks teenuse pakkuja andma lisaks veel litsentsilepinguga õiguse teostada tarkvara üldsusele kättesaadavaks tegemise õigust. Liiatigi ei realiseerigi tarkvara pilveteenuse puhul selle kasutaja ise üldsusele kättesaadavaks tegemise õigust, kuivõrd ei muuda kolmandatele isikutele tarkvararakendust kättesaadavaks, vaid kasutab seda ise selleks ette nähtud viisil. Selles mõttes oleks õigustatud M. Rosentau lähenemine ning sellest johtuvalt pilveteenuse lepingu kvalifitseerimine autorilitsentsiks ehk tarkvara funktsionaalset kasutamist võimaldavaks kasutusloaks, mis ei kätkegi autori varalisi õigusi. Tarkvararakenduse tavakasutaja küll ei taju või vähemalt ei mõtle üldjuhul, et rakenduse kasutamine on võimalik tänu sellele, et pilveteenuse pakkuja laseb oma tarkvara kasutada, ent ometigi võib vaadata tarkvararakendust tarkvara funktsionaalsuse kehastusena. Tarkvara teenuse lepinguga kaasneb pelgalt õigus tarkvara otstarbekohaseks kasutamiseks, mis väljendub otseselt vastava tarkvara teenuse kasutamises.

Olenemata erinevatest lähenemistest ja võimalustest tarkvara teenuse lepingu sisustamisel lihtlitsentsilepingu tähenduses, on eelneva pinnalt on võimalik järeldada, et VÕS-is sisalduv

<http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=59367/Autori%F5iguse+seaduse+eeln%F5u.pdf>.
11.02.2014.

²³³ Rosentau (viide 222), lk 756.

napp ja samas abstraktne lihtlitsentsilepingu määratlus soodustab tarkvara pilveteenuse lepingu käsitlemist lihtlitsentsilepinguna. Kuna tarkvara pilveteenuse leping ei anna vastava pilveteenuse kasutajale ka keeluõigusi, mis kaasnevad ainulitsentsilepinguga VÕS § 370 lg 2 tähenduses, vastab tarkvara teenuse leping ka sel põhusel VÕS § 370 lg-st 1 tulenevale lihtlitsentsilepingu määratlusele.

5.1.2 Erisused

Infotehnoloogia vallas kasutatakse litsentsi mõistet tavaliselt tarkvara piiratud kasutusõiguse tähenduses: litsentsilepingu alusel omandab litsentsisaaja loa kasutada tarkvara (litsentsitasu eest või ilma) sellisel funktsionaalsel sihil ja viisil, mille teostamiseks tarkvara on loodud. Tarkvara parandamine ja uuendamine ning rentimine ja müümine on mittefunktsionaalne kasutus. Need on varalised õigused.²³⁴ Autori varalised õigused on seotud tarkvara kasutamise majanduslike eesmärkidega. Tarkvara äriine kasutamine võib toimuda mitmeti, üheks võimaluseks on tarkvara reprodutseerimine. Reprodutseerimiseks loetakse teosest või teose osast ühe või mitme ajutise või alalise koopia otsest või kaudset tegemist mis tahes vormis või mis viisil (AutÕS § 13 lg 1 p 1). Tarkvara arvutisse alla laadimine, installeerimine on seega samuti käsitletav reprodutseerimisena. Tarkvara ja muude teoste reprodutseerimine nende kasutamiseks ei kuulu tegelikult aga varaliste õiguste hulka, vaid on autori varalise õiguse piirang.²³⁵ Tegemist on varalise õiguse piiranguga, kuna AutÕS § 24 lg 1 p-st tulenevalt võib tarkvara õigupärane kasutaja autori nõusolekuta ja täiendava autoritasu maksmiseta programmi reprodutseerida tingimusel, et see on vajalik programmi kasutamiseks seadmel või seadmetel, ulatuses ja eesmärkidel, milleks programm omandati, samuti programmis esinevate vigade parandamiseks. Viidatud norm on dispositiivne, mistõttu saab lepinguga sätestada reprodutseerimise õiguse ulatuse ja seaduse regulatsioonist kõrvale kalduda. AutÕS § 24 lg-s 2 sätestatud eelduste esinemisel on kasutajal ka varukoopia tegemise õigus, mida AutÕS § 24 lg 5 ei luba tarkvara kasutaja kahjuks piirata.

Kaasaaegses võrgustunud ühiskonnas on levinud tarkvara turustamine internetist alla laadimise teel. Ühed tuntumad selles vallas on näiteks Microsoft ja Oracle. Tarkvara ettevõtted võimaldavad oma veebilehelt tarkvara alla laadimist kliendi arvutisse. Näiteks võimaldab Oracle kliendiga sõlmitud litsentsilepingu alusel kliendile tarkvara kasutusõigust selliselt, et klient saab õiguse salvestada tarkvara püsivalt serverisse ning samuti võimaldatakse teatud arvule kasutajatele juurdepääs sel viisil, et see laaditakse nende

²³⁴ M. Rosentau. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias. Autori isiklikud õigused. - Juridica 9/2007, lk 657.

²³⁵ Rosentau (viide 222), lk 764.

töökohaarvutite põhimällu.²³⁶ Kuigi AutÕS § 24 lg 1 kohaselt on arvutiprogrammi õiguspärasel kasutajal õigus ilma autori nõusolekuta programmi reprodutseerida programmi kasutamiseks seadmel, ulatuses, eesmärkidel, milleks programm omandati, annab nimetatud norm sõnastuses “kui lepinguga ei ole ette nähtud teisiti” võimaluse reprodutseerimise õigust litsentsilepingus täpsemalt reguleerida. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2009/24/EÜ²³⁷ (edaspidi arvutiprogrammide direktiiv) art 4 p 1 (a) kohaselt hõlmab õiguste omaniku ainuõigus õigust teostada või keelata arvutiprogrammi reprodutseerimine, kui selline reprodutseerimine on vajalik arvutiprogrammi laadimiseks, kuvamiseks, käitamiseks, edastamiseks või salvestamiseks, on nendeks toiminguteks vaja õiguste omaniku luba. Seejuures pole õiguste omaniku luba nimetatud toiminguteks arvutiprogrammide direktiivi art 5 p 1 järgi vaja sellest normist tulenevate eelduste esinemisel, sealhulgas peab olema täidetud eeldus, et konkreetset lepingutingimused selles osas puuduksid. Seega peegeldab ka direktiiv viidatud osas lepinguvabadust reprodutseerimise õiguse reguleerimiseks litsentsilepingus.

Eeltoodu selgitamine oli vajalik, mõistmaks klassikalise tarkvara litsentsilepingu ja tarkvara teenuse lepingu põhimõttelist erinevust reprodutseerimise aspektist. Tarkvara pilveteenuse puhul ei ole tarkvararakenduse kasutamiseks vaja isikul pilveteenuse tarkvara, mis asub teenuse pakkuja või kolmanda isiku serveris, oma arvutisse või mõnda teise seadmesse alla laadida. Seega ei reprodutseeri tarkvara pilveteenuse klient pilveteenuse osutajale või kolmandale isikule kuuluvat tarkvara. Niisiis ei teki kliendil pilveteenuse lepingu alusel õigust teose reprodutseerimisele, vaid vastav õigus säilib tarkvara autoril. Sellest tulenevalt on ka mitmed välisriikide õiguspraktikud seisukohal, et litsentsilepinguid ei peaks kasutama tarkvara pilveteenuste kasutajatele kättesaadavaks tegemisel.

D.W. Tollen leiab, et *copyright law* annab tarkvara omanikule monopoolse õiguse tarkvara kopeerimiseks, mistõttu vajab klient tarkvarast koopia tegemiseks ja oma arvutisse panemiseks litsentsi. Tarkvara pilveteenuse puhul ei pane teenuse kasutaja oma arvutisse tarkvara ega reprodutseeri seda mingil viisil, vaid tarkvara “istub” pilveteenuse puhul jätkuvalt pilveteenuse pakkuja arvutis ning klient saab sellele interneti kaudu pelgalt juurdepääsu.²³⁸

²³⁶ EK 3.07.2012, C-128/11, *UsedSoft GmbH vs Oracle International Corp.*

²³⁷ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 23.04.2009 direktiiv 2009/24/EÜ, arvutiprogrammide õiguskaitse kohta (kodifitseeritud versioon). – ELT L 111, 05.05.2009, lk 16-22.

²³⁸ D.W. Tollen. Don't Use License Agreements for Software as a Service. 2011. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://techcontracts.com/2011/09/12/dont-use-license-agreements-for-software-as-a-service/>. 29.01.2014.

Ka I. Bodle rõhutab tarkvara teenuse lepingu ja tavalise tarkvara litsentsilepingu ühe erinevusena asjaolu, et tarkvara pilveteenuse kasutaja ei saa enda käsutusse tarkvara füüsilist koopiat ega installeeri tarkvara koopiat ka isiklikku arvutisse.²³⁹ Sama seisukohta jagab T. Benson, olles veendumusel, et autoriõigus on asjassepuutumatu, kuivõrd tarkvara pilveteenuse kasutaja ei lae tarkvara koopiat oma arvutisse, vaid tarkvara teenuse leping hõlmab kasutaja jaoks üksnes tarkvara teenuse kasutamise võimalust interneti kaudu lepingu kehtivuse perioodil.²⁴⁰ A. Mirsky lisab, et tarkvara omanik annab pilveteenuse lepinguga isikule lihtsalt *online*-teenuse kasutusõiguse. Kui *online*-teenuseks on tarkvara kasutamine, pole kasutaja jaoks funktsionaalses mõttes otseloomulikult erinevust tarkvara litsentsilepingu ja tarkvara pilveteenuse lepingu vahel, ent tegelikult tingib erinevuse autoriõigus – kuna tarkvara reprodutseerimist ei toimu, puudub ka vajadus litsentsiks.²⁴¹ Eeltooduga osutab A. Mirsky tarkvara funktsionaalsele kasutamisele.

Lisaks tarkvara teenuse lepingu ja tarkvara litsentsilepingu erinevusele reprodutseerimise õiguse aspektist, võib tarkvara teenuse lepingu määratlemine lihtlitsentsilepinguna osutada komplitseerituks töö eelmises peatükis viidatud VÕS-i ja AutÕS-i kooskõlalise kohaldamise küsimuse valguses.

Tarkvara pilveteenuse käsitlemine lihtlitsentsilepinguna on takistatud ka AutÕS § 49 lg-s 1 sätestatud lepingu vorminõude tõttu.²⁴² AutÕS § 49 lg 1 kohaselt võib olla lihtlitsentsi andmine vormistatud nii kirjalikus kui ka kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis.²⁴³

Tarkvara pilveteenuse lepingud sõlmitakse interneti vahendusel kasutaja poolt reeglina märgikese tegemisega pilveteenuse pakkuja veebilehel selleks ettenähtud kastikeses. See on kasutaja tahteavalduse väljendus pilveteenuse lepingu tingimustega nõustumiseks ja tarkvararakenduse edaspidiseks kasutamiseks. TsÜS-i kommentaaride järgi on kirjalikku taasesitamist võimaldava tehingu vormi peamiseks eesmärgiks teha tehing ja selle sisu

²³⁹ Bodle Law (viide 150).

²⁴⁰ T. Benson. Differences Between Software Licencing Agreements and Software as a Service Agreements. December 2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.tysonbenson.com/2012/12/26/differences-between-software-licensing-agreements-and-software-as-a-service-agreements/>. 29.01.2014.

²⁴¹ A. Mirsky. SaaS: Software License or Service Agreement? Start with Copyright. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://mirskylegal.com/2012/07/saas-software-license-or-service-agreement-start-with-copyright/>. 29.01.2014.

²⁴² AutÕS § 48 lg-st 3 nähtuvalt prevaleerib AutÕS VÕS-i litsentsilepingu sätete ees. Kuigi VÕS ei sätesta litsentsilepingule vorminõuet, pole võimalik lähtuda VÕS-ist tulenevast litsentsilepingute vormivabadusest, vaid AutÕS §-s 49 sätestatud autorilepingu vorminõuetest.

²⁴³ TsÜS § 78 lg 1 järgi eeldab kirjalik vorm pilveteenuse kasutaja omakäelist allkirja, mida tuleb aga tarkvara teenuse lepingu puhul eitada. TsÜS § 79 kohaselt tähendab kirjalikku taasesitamist võimaldav vorm, et leping peab olema sõlmitud püsivat kirjalikku taasesitamist võimaldaval viisil ja sisaldama tehingu teinud isikute nimesid, omakäelist allkirjastamist kirjalikku taasesitamist võimaldav vorm ei eelda.

kättesaadavaks mitte ainult tehingu tegemise ajahetkel, vaid ka hiljem. Määrav on, et salvestatud infot oleks hiljem võimalik lugeda ning et andmekandja võimaldaks infot püsivalt salvestada.²⁴⁴ Püsivat kirjalikku taasesitamist võimaldavaks viisiks on kindlasti faksi saatmine, samuti e-kirja või SMS-i saatmine, kui saajal on võimalik seda salvestada ja hiljem uuesti taasesitada. Kuigi TsÜS-i kommentaaride kohaselt pole oluline, et e-kirja, SMS-i vms saaks hiljem välja trükkida, vaid lihtsalt loetavalt taasesitada, sealhulgas arvuti-või telefoniekraanil²⁴⁵, ei vasta tarkvara pilveteenuse leping siiski kirjalikku taasesitamise vorminõuetele TsÜS § 79 tähenduses. Pilveteenuse lepingudokument ei sisalda lepingupoolte nimesid ning pole TsÜS § 79 mõttes piisavalt individualiseeritud. TsÜS-i kommentaaride järgi võib küll veebilehekülg täita kirjalikku taasesitamist võimaldavat vormi, kuid seda juhul, kui saaja on sealoleva info enda arvutisse alla laadinud või on selline laadimine püsivalt võimalik. Muudel juhtudel, näiteks kui internetilehekülje sisu on esitatud ainult selle lugemist, mitte aga salvestamist võimaldaval viisil, ei saa seda ilmselt püsivat kirjalikku taasesitamist võimaldavaks viisiks lugeda, kuivõrd sellisel juhul asub info tegelikult veebilehe haldaja mõjusfääris, kes saab hiljem ka selle sisu muuta.²⁴⁶

Kuigi tarkvara pilveteenuse lepingu tingimused on kasutajale kättesaadavad ka pärast lepingu sõlmimist pilveteenuse pakkuja veebilehel, ei ole pakkuja poolt reeglina tagatud otseselt võimalust tarkvararakenduse kasutustingimusi alla laadida. Seega säilitab pilveteenuse pakkuja ühepoolset kontrolli lepingutingimuste üle ning saab neid soovi korral kergelt muuta. Nagu öeldud, ei sisalda tarkvara teenuse leping ka pilveteenuse kasutaja nime, rääkimata omakäelisest allkirjast kui tehingu kirjaliku vormi tunnusest TsÜS § 78 lg 1 tähenduses. Sellest tulenevalt ei vasta tarkvara pilveteenuse osutamiseks sõlmitav leping AutÕS § 49 lg-s 1 kehtestatud lihtlitsentsilepingu vorminõudele.²⁴⁷ Tarkvara teenuse lepingu käsitlemine olemasoleva teose kasutamiseks mõeldud lihtlitsentsilepinguna eeldaks niisiis litsentsilepingu vormivabadust. Uue autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste seaduse eelnõu järgi puudubki litsentsilepingul, millega antakse luba teose kasutamiseks teiste isikute poolt, kohustuslik vorminõue. Eelnõu § 67 lg 1 sätestab kirjaliku vorminõude autorilepingule, millega antakse üle õiguste omaja varalised õigused. Kohustuslik vorminõue on põhjendatud lähtuvalt asjaolust, et õiguste üleandmine, erinevalt õiguste litsentseerimisest (kasutada

²⁴⁴ Varul jt (viide 72), § 79/3.2.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ Samas oleks pilveteenuse osutamiseks sõlmitav leping siiski kehtiv, kuivõrd AutÕS § 49 lg-s 1 sätestatud vormi järgimata jätmine ei mõjuta autorilepingu kehtivust (vt näiteks Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 06.06.2012 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-71-12, p 11).

andmisest), on lõpliku iseloomuga.²⁴⁸ Teose kasutamisele litsentsilepinguga saadud loa alusel kirjalik vorminõue eelnõust nähtuvalt ei laiene. Samuti ei sätesta viidatud eelnõu erinevalt kehtivast AutÕS-st kirjalikku taasesitamist võimaldavat kohustuslikku vormi. Sarnaselt hetkel kehtivale AutÕS § 48 lg-s 3 sätestatule kohaldada olemasoleva teose kasutamise korral VÕS-i litsentsilepingu regulatsiooni, tuleneb sama ka kõnealuse eelnõu § 66 lg-st 2. Kuna uue seadusega kaotatakse kohustus vormistada lihtlitsentsileping kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis ning VÕS-i lihtlitsentsilepingu sätteid ei reguleeri lihtlitsentsilepingu vorminõude küsimusi, pole tulevikus tarkvara teenuse lepingute määratlemine kohustusliku vorminõude aspektist enam problemaatiline.

Lisaks eristavad klassikalist tarkvara litsentsilepingut ja tarkvara pilveteenuse lepingut mitmed lepingutingimused, mida erinevalt pilveteenuse lepingust litsentsileping ei sisalda. Nimelt on tarkvara teenuse lepingus reeglina sätestatud pilveteenuse pakkuja poolt tagatud sujuv ja automaatne teenuse täiustamine, tarkvara kasutamisele ja hooldusele suunatud täiendavad teenused ning tugiteenused.²⁴⁹ Nimetatud küsimusi reguleerivad lepingutingimused asuvad enamjaolt teenustaseme lepingudokumendis, mis on käsitletav ühe osana tarkvara pilveteenuse lepingust.²⁵⁰ Samuti on pilveteenuse lepingus adresseeritud sellised pilvekeskkonnaga seotud äririskid nagu andmekaitse, privaatsus, andmetest varukoopiate tegemise küsimused, andmete porditavus.²⁵¹ Ka need on küsimused, mida traditsiooniline tarkvara litsentsileping, mille alusel toimub rakenduste allalaadimine litsentsisaaja arvutisse, reeglina ei reguleeri.²⁵² Kuna tarkvara pilveteenuse puhul paiknevad kliendi delikaatsed andmed ja tarkvara üldjuhul pilveteenuse pakkuja arvutites, sisaldavad paljud tarkvara teenuse lepingud andmete käitlemise ja turvalisusega seotud lepinguklausleid.²⁵³

R. R. Bregovoy leiab, et tarkvara litsentsileping ja tarkvara pilveteenuse osutamisel sõlmitav leping erinevad ka tasustamise poolest. Tarkvararakenduse kasutaja maksab pilveteenuse eest tasu vastavalt ajale, mille vältel on ta saanud tarkvararakendust kasutada, samas kui

²⁴⁸ Autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste seaduse eelnõu seletuskiri. Seletuskirja versioon 02.02.2014, lk 15-16. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=59369/Autori%F5iguse+seaduse+seletuskiri.pdf>. 11.02.2014.

²⁴⁹ Mirsky.

²⁵⁰ Vt selle kohta ka ptk 4.1.

²⁵¹ R.R. Bregovoy. 5 minute FAQ: Licence Agreements vs. SaaS Agreements. August, 2010. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://thelicensinglawblog.com/2010/08/5-minute-faq-license-agreements-vs-saas-agreements/>. 03.02.2014.

²⁵² Mirsky.

²⁵³ Tollen.

klassikalise tarkvara litsentsilepingu puhul tuleb litsentsitasu maksta enamasti juba enne, kui tarkvara kasutama hakatakse.²⁵⁴ Seega on pilveteenuse lepingu alusel tarkvararakenduse kasutamise tasustamine paindlikum, kuivõrd maksta tuleb tarkvararakenduse reaalse kasutamise eest. Veelgi enam, VÕS § 368 kohaselt on litsentsileping tasuline leping, sest litsentsisaaja lepingujärgseks põhikohustuseks on tasu maksmine. Kui litsentsitasu maksmise kohustus puudub, on VÕS-i kommentaaride kohaselt tegemist intellektuaalse vara tasuta kasutuse lepinguga.²⁵⁵ Tarkvara teenuse leping võib seevastu olla ka tasuta leping. Seega pole kehtiva regulatsiooni kohaselt tasu maksmise kohustuseta tarkvara teenuse leping litsentsileping. Uue autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste seaduse eelnõu § 11 lg 5 lubab aga litsentsi andmist ka tasuta.

Ehkki eeltoodust nähtuvalt erinevad tarkvara litsentsileping ja tarkvara teenuse leping paljudes aspektides, pole kõnealuste lepingute eristamine praktikas eriti levinud. Segadust süvendab veelgi litsentsilepingule iseloomuliku terminoloogia asjakohatu kasutamine tarkvara pilveteenuse lepingutes. Nii on paljudes tarkvara pilveteenuse lepingutes sätestatud, et teenuse pakkuja annab litsentsi teenuse kasutamiseks.²⁵⁶ See on eelnevalt käsitletu valguses ebavajalik, kuivõrd klient saab tarkvara pilveteenuse puhul lihtsalt õiguse teenuse kasutamiseks. Oracle on hea näide tarkvara pilveteenuse pakkujast, kes võimaldab kliendile lepingut, mille kohaselt saab klient tõepoolest ilma litsentsita õiguse pilveteenust kasutada ja vastavale pilveteenusele ligipääsu.²⁵⁷

Samas on litsentsilepingule omase sõnavara kasutamine mõistlik ja õigustatud, kui pilveteenuse pakkuja võimaldab lisaks vastava pilveteenuse kasutamisele pakkuja veebilehe kaudu ka tarkvara alla laadimist. Kuigi tarkvara pilveteenuse lepingu peamiseks tunnuseks, mis eristab teda muuhulgas ka tarkvara litsentsilepingust on just tarkvara alla laadimise vajaduse puudumine, võimaldavad pilveteenuse pakkujad täna teenuse efektiivsema kasutamise tagamiseks tarkvararakenduse kasutamist veebipõhise pilveteenuse kõrval juba ka kasutaja arvutisse installeeritud klientprogrammi kaudu. Klientprogrammi arvutisse installeerimine ei ole tarkvara teenuse kasutajale küll kohustuslik, ent võimaldab tihti peale vastava tarkvara pilveteenuse mugavamalt kasutamist. Näiteks on võimalik tarkvara teenust Dropbox kasutada nii veebipõhise pilveteenusena, kui ka arvutisse installeeritava

²⁵⁴ Bregovoy.

²⁵⁵ Varul jt (viide 229), § 368/4.2.4.

²⁵⁶ Tollen.

²⁵⁷ Vt: Oracle. SaaS-Online Cloud Services Agreement, p 3.2. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.oracle.com/us/corporate/contracts/saas-csa-uk-2069269.pdf>. 04.02.2014.

klientprogrammi kaudu. D. W. Tollen on seisukohal, et sellisel juhul peaks tarkvara teenuse leping sisaldama tarkvara litsentsilepingut, mis on “pakitud” suuremasse tarkvara pilveteenuse lepingusse. Seejuures peaksid tarkvara litsents ja seda toetavad lepingtingimused puudutama tõepoolest üksnes kasutaja arvutisse installeeritud rakendust, reguleerimata tarkvaraga, mis asub pilveteenuse pakkuja arvutites ja mida pakkuja kasutab tarkvararakenduse kasutamise võimaldamiseks, seotud küsimusi.²⁵⁸

R. R. Bregovoy märgib, et osad pilveteenuse pakkujad lubavad tarkvara installeerimist paralleelselt tarkvararakendusele ligipääsuga veebibrauseri kaudu, mis tähendab, et sellisel juhul on tarkvara teenuse pakkuja ja kasutaja vaheline leping hübriidleping, mis on olemuselt pigem sarnasem traditsioonilisele tarkvara lõppkasutaja litsentsilepinguga. D. W. Tolleni ja R. R. Bregovoy seisukohad ei ühti, kuna eeltoodust nähtuvalt on D. W. Tollen arvamusel, et tarkvara pilveteenuse leping jääb ka litsentsi sätete olemasolul ennekõike teatud teenuse osutamise lepinguks. R. R. Bregovoy leiab vastupidiselt, et lepingus sätestatud tarkvara installeerimise võimalus muudab tarkvara teenuse lepingu sarnaseks litsentsilepinguga. Eesti õiguse järgi võiks sellise tarkvara pilveteenuse lepingu puhul tegemist olla nn segatüüpi lepinguga VÕS § 1 lg 2 tähenduses.

5.2 Pilveteenuse lepingu vastavus teenuse osutamise lepingute tunnustele

5.2.1 Sarnasused ja erisused võrdluses töövõtulepinguga

Peatüki 5.1.2 lõpus nentis autor tarkvara teenuse lepingu määratlemise võimalikkust nn segatüüpi lepinguna, kui vastavasisulise lepingu alusel saab tarkvararakenduse kasutaja ka pilveteenuse pakkuja tarkvara omale alla laadida. Sellisel juhul omaks tarkvara pilveteenuse leping litsentsilepingule omaseid tunnuseid, erinevalt tavapärasest tarkvara pilveteenuse lepingust, mille puhul kasutajal tarkvara alla laadida ei tule ning mistõttu on õiguspraktikute hinnangul sellise tarkvara teenuse lepingu käsitlemine litsentsilepinguna ebaõige.

VÕS § 1 lg-st tulenevalt iseloomustab nn segatüüpi lepingut selle vastavus kahe või enama seaduses sätestatud lepinguliigi tunnustele. Seega, isegi kui pilveteenuse kasutajal on võimalik tarkvara oma arvutisse laadida ja sellest tulenevalt saab mõnda lepingu sarnasust litsentsilepinguga, peab tarkvara pilveteenuse leping vastama ka mõne muu lepinguliigi

²⁵⁸ Tollen.

tunnustele. Kuivõrd autor on töös läbivalt rõhutanud, et tarkvara pilveteenuse pakkuja osutatav pilveteenus seisneb tarkvara kasutamise võimaluse tagamises ja tarkvararakenduse kättesaadavaks tegemises kasutajale ning jõudnud töö alapunktis 2.2 järeldusele, et tarkvara pilveteenus vastab Eesti õiguses teenuse tunnustele, on asjakohane analüüsida, kas tarkvara pilveteenuse lepingut saab määratleda mõne traditsioonilise teenuse osutamise lepinguna. See küsimus on asjakohane ka tarkvara pilveteenuse lepingu puhul, kus pakkuja võimaldab tarkvararakendusele juurdepääsu üksnes veebilehe kaudu. Viimasel juhul on sisuliselt tegemist tarkvara kasutamisega teenusepõhiselt, sest pilveteenuse kasutaja ei omanda tarkvara litsentsi ega varalisi autoriõigusi ega maksa nende eest, vaid kasutab teenuse pakkuja serveris kättesaadavat tarkvara *online*-kliendina. Litsentsi või varalisi autoriõigusi tarkvarale omab teenuse pakkuja ning tema vastutab ka autorite ees.²⁵⁹

Võimalik on eristada töövõtu ja käsunduslepingu tüüpi teenuse osutamise lepinguid. VÕS §-st 619 tulenevalt on käsundusleping suunatud teenuse osutamisele, teenusele kui protsessile. Töövõtuleping seevastu VÕS § 635 lg 1 kohaselt kokkulepitud tulemuse ehk töö saavutamisele. Käsunduslepingu puhul on niisiis tegemist lepinguga, kus käsundisaaja kohustub tegema tulemuse saavutamiseks kõik mõistlikult võimaliku VÕS § 24 lg 1 mõttes, mis tähendab, et tulemuse saavutamiseks tuleb käsundisaajal VÕS § 24 lg 2 järgi teha niisuguseid pingutusi, nagu temaga samal tegevus-või kutsealal tegutsev mõistlik isik samadel asjaoludel teeks. Muidugi on ka käsunduslepingu puhul käsundiandja jaoks oluline, et lepingu sõlmimisel silmaspeetud eesmärk saavutataks. Kui see jääb siiski saavutamata, käsundisaaja on aga oma kohustusi nõuetekohaselt täitnud, tehes tulemuse saavutamiseks kõik mõistlikult võimaliku, ei ole VÕS-i kommentaaride kohaselt tegemist lepingu rikkumisega.²⁶⁰ Seega tuleb tarkvara pilveteenuse lepingu määratlemisel kirjeldatud töövõtu-ja käsunduslepingu erisust silmas pidada.

Selleks, et tarkvara pilveteenuse lepingut kvalifitseerida töövõtulepinguna VÕS § 635 lg 1 mõttes, peab pilveteenuse pakkuja poolt võlgnetav kohustus kliendi ees olema teatud tulemuse saavutamine, mis on eelkõige tarkvara teenuse lepingute eesmärk.

Pilvepõhiseid ärirakendusi pakkuva Oracle lepinguline põhikohustus tuleneb Oracle'i ja teenuse kasutaja vahel sõlmitava standardiseeritud tarkvara pilveteenuse lepingu punktist 3.1, mille järgi on teenuse kasutajal õigus Oracle'i pakutavaid tarkvara pilveteenuseid, mida

²⁵⁹ Rosentau (viide 226), lk 4.

²⁶⁰ Varul jt (viide 81), lk 1.

kasutaja on tellinud, kasutada ning nendele teenustele juurdepääsuõigust omada.²⁶¹ Sarnaselt on sätestatud ka Dropbox'i kui tarkvara pilveteenuse pakkuja lepingujärgne põhikohustus.²⁶² Erply tarkvarateenuse üldtingimuste punkt 3.1 sätestab: "Lepingu esemeks on tarkvarateenus (software-as-a-service), s.o kliendile tarkvarateenuse lepingus kirjeldatud tarkvaralise ja platvormi ressursi kestev võimaldamine (ehk „tarkvara nõudmisel“) ning tarkvara ja platvormi töökorras hoidmine.”.²⁶³

Seega võivad tarkvara pilveteenuse sisuks olevad kohustused olla oma kaalult ja sisult erinevad: on lepinguid, kus põhikohustuseks on pilveteenuse osutaja poolt tarkvaralise ressursi kasutamise võimaldamine ning lepinguid, kus põhikohustuseks on juurdepääsu tagamine tarkvararakendusele. Esimesel juhul sarnaneb kõnealune leping Eesti õiguses pigem mõne kasutuslepinguga. Pidades aga silmas tarkvara teenuse lepingutest lähtuvat tarkvara teenuse pakkuja kohustust tagada tarkvararakenduse kättesaadavus, on tarvilik analüüsida tarkvara pilveteenuse vastavust teenuse osutamise lepingu tunnustele.

Ka D. W. Tollen leiab, et tarkvara pilveteenuse lepingud on teenuse osutamise lepingud.²⁶⁴ Samuti viitavad sellele W. K. Hon jt, leides, et pilveteenuse lepinguid "koheldakse" ekslikult tarkvara litsentsilepingutena või tehnoloogilise toote müügilepingutena, mitte teenuselepingutena.²⁶⁵ Autori arvates võib tarkvara teenuse lepingut teatud mõttes kõrvutatada võrguteenuse osutamise lepinguga – nii nagu võrguettevõtja kohustub tagama liitumispunktis kokkulepitud elektrinergia, on pilveteenuse pakkuja kohustuseks tagada tarkvararakendusele juurdepääs lepingu kehtivuse perioodil, mis sisuliselt väljendub selles, et teenuse pakkujale või kolmandale isikule kuuluv tarkvara toimib sellel ajal tõrgeteta.

Kirjeldatud tarkvara pilveteenuste lepingutest tuleneva pakkuja põhikohustuse valguses on ebaselge, kas tarkvara teenuse lepingu puhul on võimalik rääkida objektiivselt mõõdetavast tulemusest, mille saavutamisele leping on suunatud. Objektiivselt mõõdetavat tulemust ja töövõtulepingut tuleb VÕS-i kommentaaride järgi eelkõige jaatada juhul, kui vastav tulemus eksisteerib teataval kehalisel või esemestataval kujul.²⁶⁶ Kuna pilveteenus ei välju virtuaalmaailma piiridest puudub pilveteenuse lepingul tulemus kehalises mõttes. Samas ei

²⁶¹ Oracle.

²⁶² Vt täpsemalt: Dropbox.

²⁶³ Erply. Tarkvarateenuse üldtingimused. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://ee.erply.com/tarkvarateenuse-uldtingimused/>. 29.04.2014.

²⁶⁴ Tollen.

²⁶⁵ Millard, p. 34.

²⁶⁶ Varul jt (viide 81), § 635/3.2.1.

ole see VÕS-i kommentaaride järgi siiski töövõtulepingu puhul vältimatuks eelduseks: mõõdetava tulemusega töövõtulepingu mõistes on tegemist näiteks ka veolepingu puhul (mõõdetavaks tulemuseks on asja jõudmine sihtkohta). VÕS-i kommentaarides toodud töövõtu alusel teostatavate tööde näidisloetelust võib leida ettevõtja poolt tema ettevõttes kasutatava riist-ja tarkvara haldusteenuse tellimise kolmandalt isikult.²⁶⁷ Analoogia korras võiks samale seisukohale asuda ka tarkvara pilveteenuse lepingu puhul – lõppastmes peaks ju tarkvararakendus teenuse pakkuja veebilehe vahendusel tõrgeteta toimima.

Kuivõrd tarkvara pilveteenuse lepingus ei ole otseselt väljendatud, kas pilveteenuse pakkujal on kohustus saavutada teatud tulemus või teha lihtsal tulemuse saavutamiseks kõik mõistlikult võimalik, tuleb VÕS § 24 lg 3 p 4 järgi arvestada muuhulgas loodetud tulemuse saavutamise tõenäosust. Pilveteenuse pakkuja võib küll luua kõik tehnoloogilised ja muud vajalikud eeldused tarkvararakenduse kättesaadavaks tegemiseks ja kasutamiseks, ent internetiühenduse olemasolu puudumisel, katkemisel, pole tarkvararakenduse kasutamine siiski võimalik. Kui ettevõtte kasutab näiteks Dropbox'i tarkvara teenust, mis tähendab, et igapäevategevuseks vajalik andmebaas asub pilves, ent pilveteenuse pakkujast ja ettevõttest sõltumatult kaob tehnilistel põhjustel internetiühendus, on kahtlemata tegemist asjaoluga, mis asub väljaspool tarkvara teenuse pakkuja mõjusfääri. Internetiühenduse katkemise põhjused võivad tuleneda ka pilveteenuse kasutajast, kuid ka sellisel juhul pole võimalik teenuse pakkujal seda mõjutada. Seetõttu ei sõltu pilveteenuse pakkuja kui kohustatud isiku sooritusega silmas peetav tulemus üksnes tema püüdlustest, vaid ka välistest faktoritest ning VÕS § 24 lg 3 p 5 mõttes ka teenuse kasutajaga seotud asjaoludest.

VÕS § 24 lg 3 p 1 sätestab, et juhul, kui lepingus ei ole otse väljendatud, kas lepingupool on kohustatud teatud tulemuse saavutama või tegema tulemuse saavutamiseks kõik mõistlikult võimaliku, tuleks selle väljaselgitamisel arvestada ka lepingu olemust ja eesmärki. Ehkki pilveteenuse pakkuja võimaldab kasutajale tarkvararakendusele ligipääsu ja tagab tarkvararakenduse tõrgeteta toimimise, et rakendust oleks võimalik eesmärgipäraselt kasutada, ei saa seda vältimatult käsitleda konkreetse tulemusena, vaid pigem kestva protsessina. Tarkvara pilveteenuse leping on küll suunatud kõnealuse lepinguga silmas peetud eesmärgi, s.o tarkvararakenduse kättesaadavuse tagamine kasutajale, saavutamisele, milleks tuleks eeltoodust nähtuvalt teha pilveteenuse osutajal kõik mõistlikult võimalik, ent erinevalt töövõtulepingust pole autori hinnangul tegemist ühekordse tulemusega. Töövõtuleping seevastu on suunatud pigem ühekordse tulemuse saavutamisele.

²⁶⁷ Varul jt (viide 81), § 635/4.2.4.

Järelikult eristab tarkvara teenuse lepingut töövõtulepingust asjaolu, et töövõtuleping, kuivõrd see on suunatud konkreetse tulemuse saavutamisele, pole kestvusleping VÕS § 195 lg 3 tähenduses.²⁶⁸ Ka Riigikohus on korduvalt sedastanud, et töövõtulepingu pole kestvusleping, olgugi, et VÕS § 655 järgi saab seda sarnaselt kestvuslepingutega üles öelda (VÕS § 116 lg 6, VÕS § 196).²⁶⁹ Tarkvara pilveteenus põhineb seevastu *subscription* mudelil. *Subscription* tähendab eesti keeles tellimust. Nii põhineb tarkvara pilveteenus tellimuspõhisel mudelil. Tellimuspõhise mudeli all mõeldakse n-ö regulaarset tellimust, näiteks kuu- või aastatasupõhist tellimust. Seda võib võrrelda näiteks ajakirja tellimisega, mille puhul tellijal tuleb iga kuu tasuda otsekorraldusega.²⁷⁰ Tellimuspõhine mudel väljendab pilveteenust iseloomustavat maksan-palju-tarbin põhimõtet, kuna kasutajal tuleb maksta selle eest, mida ta tarbib. A. M. Kelly leiab, et tavaliselt viitab mõiste tellimus jätkuvale õigussuhtele, tarkvara pilveteenuse puhul, kuivõrd puudub vajadus tarkvara litsentsi järele, maksab kasutaja tarkvararakendusele juurdepääsu eest nii kaua, kui ta soovib vastavat tarkvararakendust kasutada.²⁷¹ Seega on tarkvara pilveteenuse leping erinevalt töövõtulepingust ja töövõtulepingu tüüpi lepingutest suunatud pigem pikemaajalistele õigussuhetele. Kestvuslepingu definitsioon tuleneb VÕS § 195 lg-st 3, mille kohaselt on kestvusleping püsiva kohustuse või korduvate kohustuste täitmisele suunatud leping. Kestvuslepinguid täidetakse pikema aja jooksul, samuti peab kohustuse täitmises esinema mingi korduvus või perioodilisus.²⁷² Tarkvara pilveteenuse puhul on klient õigustatud tarkvararakendust kasutama vastavalt soovile ja vajadusele ajaliselt nii kaua, kui tarvis, mistõttu on vastavasisuline pilveleping valdavalt tähtajatult sõlmitud. Näiteks Dropbox'iga sõlmitav leping on kehtiv ajani, mil kliendi tellimus aegub või see lõpetatakse. Seega on tarkvara pilveteenuse osutamisel sõlmitav leping kestvuslepingu.

Lisaks eelkirjeldatule eristab tarkvara teenuse osutamisel sõlmitavat lepingut töövõtulepingust asjaolu, et töövõtulepingu puhul saavutatakse kokkulepitud tulemus ehk töö tavaliselt tellija materjalist (tuletatav VÕS § 636 lg-st 1). Tarkvara pilveteenuse lepingu puhul tuleb aga pilveteenuse kasutaja poolt teenuse osutajale materjali üleandmist tarkvararakenduse kasutamise eesmärgil eitada.

²⁶⁸ Varul jt (viide 81), § 635/3.1.2.

²⁶⁹ Vt näiteks Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 27.11.2013 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-126-13, p 13.

²⁷⁰ Eveli Pung.

²⁷¹ A. M. Kelly. SaaS Law and SaaS Agreements. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.hg.org/article.asp?id=20454>, 15.04.2014.

²⁷² Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 28.03.2012 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-8-12, p 13.

Tarkvara pilveteenuse lepingu, mille kohaselt vastava pilveteenuse eest tasu maksta ei tule, määratlemine töövõtulepinguna VÕS § 635 lg 1 järgi oleks takistatud ka töövõtulepingu tasulise tõttu. VÕS § 635 lg-st 1 tulenevalt on tellija põhikohustuseks maksta töö eest tasu. Tarkvara teenuste hulgas on nii tasulisi kui ka tasuta tarkvararakendusi. Paljud pilvepõhised e-posti teenused on tasuta pilveteenused, näiteks Hotmail, Gmail, Yahoo Mail. Mõnel perioodil võib tasulise tarkvara teenuse kasutaja olla vabastatud tasu maksmise kohustusest, kuivõrd osad tarkvara pilveteenused kätkevad tasuta katseperioodi.²⁷³ Näiteks on sellise võimaluse lepingutingimustes sätestanud Spotify. Lisaks pakuvad mitmed tarkvara teenuse osutajad sama tarkvararakenduse kasutamist nii tasuta kui ka tasu eest.²⁷⁴

Samas on oluline märkida, et kuigi tasuta pilveteenused ei tähenda kasutajale rahalist kulutust, on mõned teenuse pakkujad kliendile reklaamide näol kehtestanud n-ö mitterahalise vastutasu.²⁷⁵ Näiteks sätestab Spotify pilveleping sõnaselgelt, et tasuta pilveteenus on reklaamil põhinev. Spotify pakub selle kõrval ka reklaamivaba teenust. Nii finantseerivad paljud pilveteenuse pakkujad oma pilveteenuseid klientidelt küsitava tasu asemel hoopis reklaamitulu kaudu. Levinud on kontekstuaalne reklaam, mis võimaldab turunduskampaania suunata spetsiifilisele sihtrühmale lähtuvalt sellest, missugust veebilehe sisu selle külastaja tarbib.²⁷⁶ Lisaks kontekstuaalsele reklaamile võib mitterahaline vastutasu tasuta pilveteenuste lepingute puhul väljenduda selleski, et pilveteenuse pakkuja on kehtestanud lepingus tingimused, mis lubavad pakkujal kliendi andmeid teenuse osutamise eesmärgil taaskasutada, uuesti avaldada.²⁷⁷

Tulenevalt eeltoodust, tuleb eitada tarkvara teenuse lepingu vastavust töövõtulepingu tunnustele. Isegi kui mõõnda D. W. Tolleni ja R. R. Bregovoy käsitlest johtuvalt tarkvara teenuse lepingu määratlemist tarkvara installeerimise võimaldamise korral nn segatüüpi lepinguna, ei oma selline segaleping lõppkasutaja litsentsilepingu tingimuste kõrval töövõtulepingu tunnuseid.²⁷⁸ Kuna tarkvara teenuse lepingu näol pole tegemist töövõtulepinguna, ent autor on käesolevas peatükis nentunud tarkvara teenuse pakkuja kohustust garanteerida kasutajale tarkvararakenduse kättesaadavus ja seeläbi tarkvara teenuse

²⁷³ Millard, p. 45.

²⁷⁴ Bradshaw, Millard, Walden, p. 41.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 15. Vt mitterahalise vastutasu kohta ka käesoleva töö lk 25.

²⁷⁶ W. J. Robison. Free at What Cost?: Cloud Computing Privacy Under the Stored Communications Act. - The Georgetown Law Journal, Vol. 98, 2010, p. 1213.

²⁷⁷ Millard, p. 45.

²⁷⁸ Vt käesoleva töö lk 69.

võimalikku määratlemist mõne teenuse osutamise lepinguna, on tarvilik uurida tarkvara pilvelepingut käsunduslepingule iseloomulike tunnuste valguses.

5.2.2 Sarnasused ja erisused võrdluses käsunduslepinguga

Käsunduslepinguga kohustub üks isik (käsundisaaja) vastavalt lepingule osutama teisele isikule (käsundiandja) teenuseid (täitma käsundi), käsundiandja aga maksma talle selle eest tasu, kui selles on kokku lepitud (VÕS § 619). Autor jõudis eelmises peatükis veendumusele, et pilveteenuse pakkuja sooritusega silmas peetava tulemuse saavutamiseks tuleks pilveteenuse osutajal teha VÕS § 24 lg 1 mõttes kõik mõistlikult võimalik. VÕS § 24 lg 2 kohaselt tähendab see niisuguste pingutuste tegemist pilveteenuse pakkuja poolt, nagu temaga samal tegevus-või kutsealal tegutsev mõistlik isik samadel asjaoludel teeks. Seega on tarkvara pilveteenus suunatud protsessile.

Tarkvara teenuse osutamiseks sõlmitava lepingu, mille alusel pilveteenuse kasutajale tasu maksmise kohustust ei lasu, määratlemist käsunduslepinguna soodustab seegi, et käsundusleping võib erinevalt töövõtulepingust põhimõtteliselt olla ka tasuta leping – VÕS § 619 kohaselt on käsundiandjal kohustus maksta käsundisaajale tasu üksnes siis, kui tasu on kokku lepitud. Samas ka juhul, mil tasu osas puudub kokkulepe, ent käsundi täitmist võib mõistlikult eeldada üksnes tasu eest, kuulub tasu maksmisele, eelkõige kui käsundisaaja täitis käsundi oma majandus-või kutsetegevuses (VÕS § 627). Ainult siis, kui käsundisaaja täidab käsundi väljaspool oma majandus-või kutsetegevust ning ei ole muul põhjusel alust mõistlikult eeldada, et käsundi täitmine toimuks tasu eest, on käsundusleping tasu kokkuleppe puudumisel VÕS-i kommentaaride kohaselt tasuta.²⁷⁹ Tarkvara pilveteenust tasu maksmise kohustuseta, osutab pakkuja oma majandus-või kutsetegevuse raames. VÕS-i kommentaaride järgi saaks eeldust, et professionaalset käsunditäitja täidab käsundi vaid tasu eest, ümber lükata eelkõige siis, kui pooled on lepingus kokku leppinud, et käsundi täitmine toimub tasuta.²⁸⁰ Seega, kui tarkvara pilvelepingus on sätestatud tarkvararakendusele tasuta juurdepääs, sarnaneb nimetatud leping käsunduslepinguga. Kuna näiteks Dropbox'i vastavasisulises lepingus on pilveteenuse tasuta kättesaadavus teatud tingimuste täitmisel sõnaselgelt sätestatud, on sellekohast tarkvara teenuse lepingut võimalik ilmselt käsitleda käsunduslepinguna.²⁸¹

²⁷⁹ Varul jt (viide 81), § 619/3.1.

²⁸⁰ *Ibid.*, § 627/3.2.

²⁸¹ Dropbox.

Sarnaselt tarkvara teenusega, mis on peamiselt orienteeritud korduvate kohustuste täitmisele, s.o tarkvararakenduse kättesaadavuse tagamine pikema perioodi jooksul, on käsundusleping VÕS-i kommentaaride kohaselt üldjuhul kestvusleping.²⁸²

Kuigi tarkvara pilveteenuse leping näib teenuse osutamise lepingutest ühtivat pigem käsunduslepingu määratlusega, juhib autor tähelepanu tarkvara teenuse lepingul põhinevatele teenuse osutaja põhikohustustele – tarkvararakenduse kättesaadavaks tegemise kõrval, mis osas omab tarkvara pilveteenuse leping kahtlemata käsunduslepingu tunnuseid, tuleb pakkujal võimaldada kliendile tarkvaralise ressursi kasutamist. Tarkvararakendust kasutades, kasutabki klient teenuse pakkujale või kolmandale isikule kuuluvat tarkvaralist ressursi. Tarkvara kasutamine tähendab aga, et tarkvara pilveteenuse leping peaks sisaldama ka kasutuslepingu elemente. Autor mõonab, et tarkvararakenduse juurdepääsu tagamist ja rakenduse kasutamise võimaldamist võib iseenesest vaadata üheskoos kasutuslepingu osana, neid erinevateks kohustusteks lahutamata, sest tähendab ju tarkvara kasutamine lõppastmes seda, et tarkvararakenduse kaudu on teenuse pakkuja garanteerinud tarkvarale ka ligipääsu. Selle valguses osutuks tarkvara teenuse lepingu võrdlus käsunduslepinguga asjakohatuks. Segadust tekitav on seegi, et pilveteenuse mõiste ise viitab aga otsekui sellele, et ka pilveteenuse osutamisel sõlmitav leping peaks olema traditsiooniline teenuse osutamise leping. Isegi kui eeltoodu pinnalt asuda seisukohale, et tarkvara pilveteenuse leping sarnaneb käsunduslepinguga, on seda järeldust alati võimalik ümber lükata tarkvara teenuse puhul mõnda teist iseloomulikku aspekti rõhutades. Mõistetavalt raskendab see tarkvara pilveteenuse lepingu kvalifitseerimist Eesti õiguskorras mõne reguleeritud lepinguliigina.

5.3 Pilveteenuse lepingu vastavus kasutuslepingu tunnustele

5.3.1 Sarnasused

Asjaolu, et tarkvara teenuse leping omab mitmeid ühisjooni kasutuslepinguga, on töö autor mõõnnud juba peatükis 5.1.1, kus leidis, et tarkvara teenuse osutamisel sõlmitav leping sarnaneb paljuski lihtlitsentsilepinguga. Litsentsilepinguga (VÕS § 368) annab üks isik teisele õiguse teostada intellektuaalsest varast tulenevaid õigusi, s.t et selle alusel litsentsisaaja ei omanda nimetatud õigusi, vaid saab VÕS-i kommentaaride kohaselt loa neid teatud

²⁸² Varul jt (viide 81), § 619/3.1.

tingimustel kasutada.²⁸³ Nii on litsentsileping T. Hoffmanni jt hinnangul olemuselt kasutusleping.²⁸⁴

Tarkvararakendust kasutades pole isikul võimalik aduda, et vastav rakendus töötab tegelikult tänu teenuse pakkuja või temaga lepingulises suhtes oleva kolmanda isiku andmekeskuses paiknevatele serveritele. Tarkvararakenduse kasutaja ei näe, taju ega teadvusta, et kasutab tegelikult võõrast tarkvara. Tarkvara, mille kasutamiseks on isik tarkvararakendust kasutades õigustatud, ongi tarkvara pilveteenuse lepingu esemeks. Termin "kui teenus" kasutamine rõhutab lihtsalt fookuse muutumist toodete ja litsentside omandamiselt ressursside kasutamise kui teenuste rentimisele.²⁸⁵

Kuna tarkvara pole asi, vaid immateriaalne hüve²⁸⁶, on välistatud tarkvara kasutamine üürilepingu alusel. VÕS § 271 järgi kohustub üürilepinguga üks isik andma teisele isikule kasutamiseks asja ja üürnik kohustub maksma üürileandjale selle eest tasu. Kuivõrd üürilepingu objektiks saavad VÕS § 271 kohaselt olla vaid asjad, on välistatud tarkvara teenuse lepingu kvalifitseerimine üürilepinguna.

Rendilepingu objekt on VÕS §-st 339 nähtuvalt üürilepingu omast laiem. VÕS §-st 339 tulenevalt on rendileandja põhikohustuseks anda rentnikule kasutamiseks rendilepingu ese ning võimaldada talle rendilepingu esmest korrapärase majanduse reeglite järgi saadavat vilja. Seega ei piirdu rendilepingu objekt üksnes asjaga. Rendilepingu alusel antakse rentnikule kasutamiseks ese. TsÜS § 48 järgi on esemeks lisaks asjadele ka õigused ja muud hüved.

Tarkvara, mille kasutamist tarkvara pilveteenuse pakkuja tarkvararakenduse kättesaadavaks tegemise kaudu veebibrauseri vahendusel võimaldab, on mittekehaline ese. Vastavalt TsÜS-i kommentaaridele on mittekehaliste esemetena õiguse esemeks näiteks energiad, näiteks elektri-, soojus-, vee- ja tuuleenergia.²⁸⁷ Tarkvara, kujutades lihtsustatult öeldes arvutile antavaid käske²⁸⁸, on samuti kehatu ese ning allub õiguslikule valitsemisele. TsÜS-i kommentaaride järgi saab esemena käsitleda just hüve, mis võib alluda õiguslikule

²⁸³ Varul jt (viide 229), § 368/4.1.1.

²⁸⁴ T. Hoffmann, A. Kelli, A. Värvi. Abstraktsioonipõhimõtte Eesti ja Saksa intellektuaalse omandi õiguses. - *Juridica* 7/2012, lk 537.

²⁸⁵ Millard, p. 4.

²⁸⁶ Vt täpsemalt ptk 2.1.

²⁸⁷ Varul jt (viide 72), § 48/3.2.

²⁸⁸ E-teatmik.

valitsemisele isiku poolt.²⁸⁹ Tarkvara vastab sellele tingimusele. Samas käivad eseme liigituse alla TsÜS-i kommentaaride kohaselt ka mittekehaliste hüvede osas kehtivad subjektiivsed õigused, näiteks intellektuaalse vara hulka kuuluvad õigused.²⁹⁰ Antud juhul tähendaks see tarkvara kui intellektuaalse vara hulka kuuluvaid varalisi õigusi. TsÜS-i kommentaaride järgi loetakse õiguste rendilepinguks näiteks interneti domeeni haldamise ja sisseseadmiseks õigust andvaid lepinguid.²⁹¹ Pidades silmas tarkvara teenuse lepingu esemena tarkvarast tulenevaid õigusi, oleks sellisel juhul pilveleping tulenevalt lepingu objektist käsitletav litsentsilepinguna VÕS § 368 mõttes mitte rendilepinguga, kuivõrd just litsentsilepinguga annab üks isik teisele õiguse teostada intellektuaalsest varast tulenevaid õigusi. Töö autor on peatükis 5.1.1 seoses varaliste õigustega märkinud, et tarkvara teenuse lepingu puhul saab ennekõike kõne alla tulla tarkvara teenuse pakkuja poolt kliendile antav õiguse teose üldusele kättesaadavaks tegemisele AutÕS § 13 lg 1 p 9¹ mõttes, ning ühtlasi rõhutanud selle ebaselgust ja vaieldavust. Seega, käsitledes tarkvara teenuse lepingu esemena tarkvarast tulenevaid õigusi, õigust teose üldusele kättesaadavaks tegemisele, mille kasutamine pilvelepingu raames, nagu öeldud, on iseenesest vaieldav, oleks vastavasisulist tarkvara pilveteenuse lepingut VÕS-i mõtte kohaselt õigem pigem pidada lihtlitsentsilepinguks kui rendilepinguks. Jättes selle aga kõrvale ning lähtudes tarkvarast kui mittekehalisest hüvest, saab tarkvara pilveteenuse lepingut vähemalt lepingu objekti mõttes rendilepinguna käsitleda.

Tarkvara teenuse leping, mille alusel toimub tarkvararakenduste kasutamine kliendipoolse tasu maksmise kohustuseta näib kasutuslepingutest enim vastavat VÕS §-s 389 sätestatud tasuta kasutamise lepingu mõistele. Tasuta kasutamise lepingu puhul on kohustatud pooleks vaid üks lepingupool, kes peab andma teisele isikule üle eseme tasuta kasutamiseks. Tarkvararakenduse kasutaja vastusooritus tasu maksmise näol puudub. Sarnaselt rendilepinguga ühtib tarkvara teenuse leping tasuta kasutamise lepinguga lepinguobjekti osas. Tasuta kasutamise lepingu objektiks ei pea tingimata olema asi, vaid VÕS § 389 ja TsÜS § 48 järgi ka õigused ja muud hüved. Kuna tasuta kasutamise lepingu esemeks võivad olla õigused, viib see tagasi autori poolt varasemalt osundatud küsimusele, kas tarkvara pilveteenuse lepinguga saab klient endale teenuse pakkuja õiguse teose kättesaadavaks tegemisele. Seda eitades on ka tasuta pilvelepingu kvalifitseerimine tasuta kasutamise lepinguna takistatud. Lähtudes aga tarkvarast kui muust hüvest TsÜS § 48 tähenduses poleks määratlemine lepingu objekti mõttes problemaatiline.

²⁸⁹ Varul jt (viide 72), § 48/3.1.

²⁹⁰ *Ibid.*, § 48/3.2.

²⁹¹ Varul jt (viide 229), § 339/3.4.

5.3.2 Erisused

Tarkvara teenuse leping ei samastu rendilepinguga rendileandja kohustuse, võimaldada rentnikule rendilepingu esemest korrapärase majandamise reeglite järgi vilja saamist (VÕS § 339), tõttu. Tarkvara pilveteenuse lepingu puhul pole võimalik rääkida pilveteenuse pakkuja lepingujärgsest kohustusest võimaldada kasutajale vilja tarkvararakenduse kasutamisest. Liiatigi ei sätesta kõik tarkvara pilvelepingud kliendile tarkvararakenduse kasutamise eest tasu maksmise kohustust. Ehkki VÕS § 339 on renditasu maksmise osas VÕS-i kommentaaride kohaselt dispositiivne säte²⁹², see tähendab, et lepingupooled võivad ka kokku leppida, et tasu maksmise kohustus puudub, ei võimaldada tarkvara teenuse lepingu, muuhulgas tasuta pilvelepingu, määratlemist rendilepinguna siiski sellele omane rentniku kohustus võimaldada rendilepingu esemest saadavat vilja.

Kuivõrd tarkvara teenuse lepingu puhul pole tegemist rendilepinguga VÕS § 339 tähenduses, ei rakendu ka VÕS § 341. VÕS § 341 järgi kohaldatakse rendilepingule täiendavalt üürilepingu kohta sätestatud, kui käesolevas peatükis sätestatud ei tulene teisiti. Lepinguesemest tingituna ei saa tarkvara teenuse lepingut käsitleda üürilepinguna ega eelnevast analüüsist nähtuvalt ka rendilepinguna. Samas on VÕS-i kommentaarides selgitatud, et käibes esineb mitmeid lepinguid, mille raames kohustub üürileandja asja kasutusse andmisele lisaks osutama veel ka kokku lepitud teenuseid.²⁹³ Kui tarkvara teenuse leping vastaks rendilepingu tunnustele, oleks üheks võimaluseks rendilepingu ja üürilepingu sarnasusi silmas pidades, mida kinnitab ka üürilepingu sätete täiendav kohaldamine rendilepingule (VÕS § 339), analoogia korras täheldada, et tarkvara pilveteenuse lepinguga toimub lisaks tarkvaralise ressursi kasutamise võimaldamisega ka lisateenuste, nagu näiteks tarkvara hooldusele suunatud täiendavate teenuste, tugiteenuste osutamine. Seega saab VÕS-i kommentaarides kirjeldatud teenuse osutamise lepingu kohustusi sisaldavat üürilepingut silmas pidades ja selle eeskujul asuda seisukohale, et tasuline tarkvara teenuse leping on olemuselt teatud kasutusleping, mis ei vasta kõikide iseloomulike tunnuste osas ühelegi VÕS-is reguleeritud kasutuslepingu määratlusele, vaid kätkeb eelviidatu näol lisaks pigem teenuse osutamise lepingule omaseid kohustusi. Juhul kui põhilise osa lepingujärgsetest kohustustest moodustavad üürilepingule omased kasutusse andmise ja kasutuse võimaldamisega seotud kohustused, on VÕS-i kommentaaride järgi tegemist üürilepinguga, mis sisaldab teatud teenuse osutamise lepingule omaseid kõrvalkohustusi.²⁹⁴ Sellest tulenevalt on üheks

²⁹² *Ibid.*, § 339/4.

²⁹³ *Ibid.*, § 271/3.3.4.

²⁹⁴ *Ibid.*

võimaluseks väita, et tarkvara pilveteenuse osutaja lepinguliseks põhikohustuseks on tarkvara kasutamise võimaldamine ning ülejäänud tarkvara teenuse lepinguga kaasnevad kohustused, näiteks tarkvara teenusega seotud tugiteenused, on pigem teisejärgulised ja kirjeldatud põhikohustust toetavad. Sellisel juhul oleks võimalik tasulist tarkvara teenuse lepingut käsitleda kasutuslepinguna. Tegemist oleks siiski ebatüüpilise kasutuslepinguga, mida kehtiv VÕS ei reguleeri.

Esmapilgul võiks kõne alla tulla ka tasulise tarkvara teenuse lepingu kvalifitseerimine nn segatüüpi lepinguna, kui vaadata tarkvararalise ressursi kasutamise võimaldamist kui iseseisvat kohustust kasutuslepingu tunnuseks ning tarkvararakendusele juurdepääsu tagamist kui eraldiseisvat kohustust käsunduslepingu tunnuseks. Lisaks asjaolule, et selline teenuse osutaja lepingujärgsete kohustuste lahutamine on mõnevõrra kunstlik, nagu autor on varasemalt adresseerinud, peab VÕS § 1 lg 2 kohaselt segaleping vastama kahe või enama seaduses sätestatud lepinguliigi tunnustele. Kuivõrd autor jõudis käesolevas alapunktis seisukohale, et tasuline tarkvara teenuse leping ei ühti rendilepingu tunnustega, pole viidatud sättest tulenev kriteerium täidetud. Seega pole tasuline tarkvara teenuse leping segaleping VÕS § 1 lg 2 tähenduses. Sellest tulenevalt on ka asjakohatu analüüsida tasulise tarkvara teenuse lepingut segalepinguna, millest tugiteenused ja muud tarkvara teenust abistavad lisateenused alluksid mõne teenuse osutamise lepingu sätetele ning tarkvara kasutamine rendilepingu sätetele.

Kokkuvõte

Töös jõudis autor järgmistele seisukohtadele ja järeldustele.

Pilvandmetöötluse ja pilveteenuse kasutamine praktikas ja erialases kirjanduses sünonüümidenä on ekslik, sest tegemist on eritähenduslike mõistetega. Pilvandmetöötlus tähendab erinevaid abstraktsel tasemel toimuvaid protsesse ning kujutab endast ulatuslikku arvutusvõimsust võimaldavat infotehnoloogilist lahendust, mille “katuse all” toimivad erinevad pilveteenused. Tarkvara teenuse, mille osutamisel tekkiva õigussuhte kvalifitseerimisele Eesti õiguses oli käesolev töö suunatud, näol on tegemist pilveteenuse kasutaja poolt pilveteenuse osutajale või kolmandale isikule, kellega pilveteenuse osutaja on lepingulises suhtes, kuuluva tarkvara tarbimisega interneti vahendusel.

Kehtiv õigus ei võimalda tarkvara kasutamise teenuse käsitlemist ühetaoliselt kaubana. Tarkvara teenus vastab TKS-s sätestatud kauba mõistele, kuid ei ühti KaubTS-s sätestatud kauba mõistega. Kauba käsitus EÜM-is ja tarbija õiguste direktiivis sarnaneb vastavasisulise regulatsiooniga KaubTS-s, mis tähendab, et viidatud Euroopa Liidu normdokumentide järgi pole tarkvara teenus kaup. Tarkvara pilveteenuse kvalifitseerimisel teenusena InfoTS-i ja TDRS-i valguses tuleb asuda seisukohale, et tarkvara pilveteenus vastab oma tunnustelt nimetatud õigusaktides ja ka nende seaduste aluseks olevates direktiivides, mida kasutati siseriiklike õigusaktide vastavate sätete tõlgendamiseks, esitatud teenuse määratlusele. Samas on ebaselge, kas nn tasuta tarkvara üleandmine vastab pilveteenuse määratlemisel kasutatavatele tunnustele. Pilveteenuse vastavust elektroonilise side teenuse tunnustele ESS-i kohaselt tuleb pigem eitada, samas kui kõnealuse seaduse aluseks oleva raamdirektiivi valguses ei saa tõsikindlalt välistada võimalust määratleda pilveteenust siiski ka elektroonilise side teenusena.

Tarkvara pilveteenuse puhul ei ole tegemist digitaalse infosisuga EÜM-i ega tarbija õiguste direktiivi mõttes, vaid digitaalne infosisu on pilveteenuse lepingu objektiks. Tarkvara teenuse osutamiseks sõlmitava lepingu kvalifitseerimist digitaalse infosisu üleandmise lepinguna EÜM-i kohaselt saab üldiselt jaatada, ehkki mitte kõikide tarkvara pilveteenuse lepingute puhul tulenevalt tarkvararakenduste erinevatest funktsioonidest ja omadustest. Tarbija õiguste direktiivis sätestatud abstraktsem digitaalse infosisu tarnimise lepingu määratlus võimaldab digitaalse infosisu tarnimise lepingutena kvalifitseerida muuhulgas ka tarkvara teenuse

lepingud, mis ei mahu EÜM-i kohaldamisalasse. Tarkvara teenuse käsitlemine seotud teenuse ja selle osutamiseks sõlmitava lepinguna EÜM-i järgi sõltub sarnaselt digitaalse infosisu üleandmise lepinguga konkreetse tarkvara teenuse eripäradest.

Tarkvara pilveteenuse ja ka teiste pilveteenuse liikidega võib olla seotud mitmeid pilveteenuse osutajaid, kelle tähistamiseks kasutatakse asjakohases kirjanduses erinevaid termineid. Nii tuleb nentida konkreetse tarkvararakendusega seotud lepinguliste õigussuhete paljusust, ent märkida, et tarkvararakendust kasutav klient sõlmib lepingu tavaliselt üksnes pilveteenusega seotud õigussuhete ahelas talle kõige lähemal asuva teenuse osutajaga. Pilveteenuse kasutajaks võivad olla nii füüsilised kui ka juriidilised isikud, kuid tarkvara teenuse lõppkasutajaks saab pidada üksnes füüsilist isikut, kes tarkvararakendust kasutab.

Tarkvara teenuse osutamiseks sõlmitav leping on enamasti tüüptingimustega leping ning Eesti õiguse kohaselt on tarbijast tarkvararakenduse kasutaja kõrval kaitstud ka majandus- või kutsetegevuses tegutsev isik. EÜM-is sätestatud tüüptingimuste regulatsioon kohaldub tarbijate kõrval samuti majandus- või kutsetegevuses tegutsevatele isikutele, kuid tüüptingimuste ebaõigluse test erineb VÕS-is sätestatust. Autori hinnangul ei esine tarkvara teenuse osutamisel sõlmitava lepingu puhul tüüptingimuste seisukohast vajadust tarbijalepingute ja majandus- või kutsetegevuses tegutsevate isikute vahel sõlmitavate lepingute eristamiseks. Kaitse ebaõiglaste tüüptingimuste eest peaks kõikidele tarkvara teenuse kasutajatele, ennekõike just tarbijatele ning väikese ja keskmise suurusega ettevõtetele, olema ühetaoline.

Autori hinnangul on erinevate funktsioonide ja eesmärkidega tarkvara teenuse lepingu osade eristamine ja ennekõike nende tähistamine terminitega, mis tekitavad petliku mulje iseseisvatest lepingutest (näiteks teenusetaseme leping) tarkvara pilveteenuse lepingu koosseisus, segadust tekitav ning ekslik. Tarkvararakenduse kasutamiseks sõlmitakse üks terviklik leping, kus lepingut interneti vahendusel hiirekliki vajutusel sõlmides pole tulevasel kasutajal võimalik jätta mõni lepingudokument aktseptsimata.

Enamik tarkvara pilveteenuse lepingutest on nn võta-või-jätta lepingud. Tavaliselt toimub pilveteenuse lepingu sõlmimine *click-through* meetodil, mistõttu pole võimalik kasutajal lepingutingimustes teenuse osutajaga läbi rääkida. Tüüptingimuste saamist tarkvara teenuse osaks *click-through* meetodil võib Eesti õiguse kohaselt jaatada. Tüüptingimused muutuvad pilvelepingu osaks tarkvara lepingu sõlmimisel *click-through* viisil ka EÜM-i kohaselt.

Tarkvara teenuse lepingute sõlmimine on levinud ka *browse-wrap* meetodil, kus tüüptingimused on kättesaadavad hüperlingi kaudu. Euroopa Kohtu lahendi C-49/11 valguses tuleks tüüptingimuste saamist lepingu osaks pilveteenuse lepingu sõlmimisel *browse-wrap* meetodil EÜM-i valguses pigem eitada. VÕS § 37 lg-s 1 sätestatu näib aga toetavat lahendust, mille kohaselt oleks võimalik jaatada tüüptingimuste saamist lepingu osaks ka *browse-wrap* meetodil pilvelepingut sõlmides. Isegi kui tüüptingimused on muutunud tarkvara teenuse lepingu osaks, ei pruugi olla pilveteenuse osutaja tüüptingimuste kasutajana õigustatud nendele tuginema: paljud tarkvara pilveteenuse lepingus sisalduvad tüüptingimused on VÕS-i ja EÜM-i kohaselt tarkvararakenduse kasutajat ebamõistlikult kahjustavad ning pole seega kasutajale siduvad.

Tarkvara teenuse leping omab ühisjooni lihtlitsentsilepinguga VÕS § 370 lg 1 tähenduses, kuivõrd tarkvara teenuse kasutaja saab pilveteenuse lepinguga üksnes õiguse tarkvara kasutada. Tarkvara teenuse lepingu määratlemisel lihtlitsentsilepinguna on aga problemaatiline AutÕS-s sätestatud autorilepingu ja VÕS-is reguleeritud lihtlitsentsilepingu erinevus lepingu esemes: VÕS-i regulatsioonist nähtuvalt peaks olema tarkvara pilveteenuse lepingu esemeks tarkvarast tulenevate õiguste kasutusõigus, kuid AutÕS kohaselt tarkvara kui teos. Samas on see vastuolu ületatav tõlgendamise kaudu, väites, et AutÕS § 48 lg 1, mille järgi antakse autorilepinguga teisele isikule luba teose kasutamiseks väljendab tegelikult autorile kuuluva õiguse teha teos üldsusele kättesaadavaks kasutamist. Paraku tuleb möönda ka selle vaieldavust, kuivõrd tarkvararakenduse kasutaja seda õigust tegelikult ei realiseeri. Kokkuvõttes jõudis autor järeldusele, et tarkvara teenuse lepingu lõplik kvalifitseerimine lihtlitsentsilepinguna ei ole võimalik.

Tarkvara teenuse lepingu kõrvutamisel teenuse osutamise lepinguga jõuti järeldusele, et kõnealune leping ei ole käsitletav töövõtulepingu või töövõtulepingu tüüpi lepinguna. Tarkvara teenuse leping ühtib teenuse osutamise lepingutest VÕS-is sätestatud käsunduslepingu määratlusega. Tarkvararakendusele juurdepääsu tagamist ja rakenduse kasutamise võimaldamist on võimalik iseenesest ka vaadata üheskoos kasutuslepingu osana, sest tähendab ju tarkvara kasutamine lõppastmes seda, et tarkvararakenduse kaudu on teenuse pakkuja garanteerinud tarkvarale ka ligipääsu. Nii sõltub tarkvara teenuse lepingu kvalifitseerimine paljuski sellest, millist aspekti pilveteenuse ja kõnealuse lepingu puhul rõhutada. Tõstes esile tarkvaralise ressursi kasutamise võimaldamist pilveteenuse osutaja lepingulise põhikohustusena, sarnaneb tarkvara teenuse leping kasutuslepinguga. Lähtudes tarkvarast kui immateriaalsest hüvest on võimalik tarkvara pilveteenuse lepingut objekti

mõttes käsitleda rendilepinguna ning tasuta pilveteenuse osutamiseks sõlmitavat lepingut tasuta kasutamise lepinguna. Tasulise tarkvara teenuse lepingu lõplikku määratlemist rendilepinguna takistab aga pilveteenuse osutaja lepingujärgse kohustuse puudumine võimaldada kasutajale vilja tarkvararakenduse kasutamisest. Tasuta pilveteenused on välistatud rendilepingu kohaldamisalast ka rendilepingu tasulisuse tõttu. Tasu maksmise kohustuseta tarkvara pilveteenuse leping omab kõige rohkem sarnasusi tasuta kasutamise lepinguga VÕS § 389 tähenduses.

Autori hinnangul oleks õigem tarkvara teenuse osutaja kohustus - võimaldada tarkvaralise ressursi kasutamist ja tagada tarkvararakendusele juurdepääs - pilvelepingu raames vaadata üheskoos pilveteenuse pakkuja lepingulise põhikohustus(t)ena. Selliselt sarnaneks tarkvara teenuse leping enim kasutuslepinguga, mis omab samas ka mitme teise lepinguliigi tunnuseid.

Qualification of the legal relationship resulting from the provision of cloud service in the law of Estonia

Summary

As recently as in 2010, entrepreneurs in the Baltic States were rather conservative in adopting cloud computing technologies. Today, however, the use of cloud services is an ever increasing trend amongst entrepreneurs as well as individuals in Estonia. Cloud services are being used via Gmail or Hotmail by sending emails as well as via interaction on the Facebook. The cloud service Dropbox as a system of storing and sharing files is probably well-known to everyone. An ever increasing demand for cloud services makes local companies to develop different cloud services more than ever. In addition to the private sector, Estonia's public sector has also shown interest and willingness to use cloud services.

Relevant publications reveal opinions that a cloud service is nothing new, although there are also those, who believe that it manifests a change of paradigm in the development of information technologies. A switch in paradigm is being seen in the change of getting computing capacity.

The aspects related to the cloud service cannot remain in the grey area beyond regulations, as there are various legal matters arising from the contractual relationship between the cloud service provider and user concerning the provision of the service. Unlike Estonia, the European Union has taken a firm direction at mapping and regulating legal issues resulting from the use of cloud services.

The author hypothesizes that the contract the parties are entering into for the provision of cloud service involves elements of different types of contracts regulated with the national legislation. The hypothesis is based on the approach referred to above that a cloud service is not an innovation. Since the term 'cloud service' does not enable to infer its civil law content or to assess the legal relationship regulated with the cloud service contract, the objective of this Master's thesis is to verify the hypothesis formed by the author.

For this the author examined the ways for qualifying and giving substance to cloud services in the law of Estonia and assessed, where the cloud service contract entered into by the provider and user in Estonian contract law is placing. The focus was set on the qualification of a specific type of cloud service, the software as a service, and on defining the legal relationship resulting from its provision in the national law.

The qualification issue is being tackled through five chapters of the paper. The first chapter is assessing the relations between the cloud computing and the cloud service and the need to distinguish them. The author is also discussing the essence of the cloud service through different types of cloud services and its characteristics. The second chapter is analysing how the cloud service qualifies as a good or service of traditional objects of the contract. Hereby the author is also focusing on defining the cloud service from the perspective of digital content and as a related service, and is assessing the possible qualification of the cloud contract as a contract for supply of digital content and provision of related service based on the European Commission proposal of 11 October 2011 for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law. The cloud service – as the contract for digital content and its supply – has been assessed simultaneously with the Regulation on Common European Sales Law also from the perspective of the Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights. The third chapter is focusing on subjects of legal relationships arising from the provision of cloud service. Furthermore, the author analyses the scope of protection of the cloud service user from unfair standard terms included in the contract for cloud service provision the terms and conditions of which the user cannot negotiate with the cloud service provider. The fourth chapter is discussing the content of the cloud service contract and how it is being shaped through different parts of the contract, i.e. the contract documents that feature the cloud service contract. The author is also discussing the cloud service contract as a contract entered into under standard terms, analysing the conclusion of the relevant contract and how the way the contract is concluded influences the fact that the standard terms become part of the contract, as well as the issues related to the validity of standard terms included in the cloud service contract. In the last chapter, the author is examining the concordance of the cloud service contract to the elements of contracts of supply of services and of use and the licence contract, considering the essence of the cloud service and conclusions drawn in the second chapter.

As the topic is relatively new, there are no relevant publications in Estonian concerning legal aspects of the cloud service, and therefore the author primarily used publications by foreign authors, foremost *Cloud Computing: A Practical Introduction to the Legal Issues* by R. Marchini and *Cloud Computing Law* by C. Millard as well as relevant articles by S. Bradshaw, M. Loos, A. Cunningham and C. Reed. The empirical sources were relied on as well.

For achieving the objective of the Master's thesis, the author used foremost systematic review and analytical research. Through these research methods the author reached the following conclusions.

Using the 'cloud computing' and 'cloud service' as synonyms in practice and in professional publications is misleading, as they carry different meanings. Cloud computing means an IT solution that provides extensive computing capacity and that covers different cloud services. Cloud services can be divided into software, platform and infrastructure services that are all closely linked. A software service – the qualification of which in the law of Estonia the current paper is discussing – concerns the consumption of software belonging to the cloud service provider, or a third party the service provider has contracted with, by the user over the Internet. In other words, a software service is an operational software application, such as Dropbox or Google Docs, which do not require the customer to install the software in their computer or other devices in order to use it.

According to the law of Estonia, the cloud service cannot be treated uniformly as a good. Software as a service conforms to the definition of 'good' provided in the Consumer Protection Act but deviates from the relevant definition included in the Trading Act. According to the Estonian legislation, the software as a service can be considered a service. While analysing the software as a service based on the Regulation on Common European Sales Law as well as on the contract for the digital content and for the supply of digital content provided in the Directive on Consumer Rights, the author concluded that the concordance of the contract for the software as a service to the contract for the supply of digital content based on the Regulation on Common European Sales Law depends on the specific software service, its functions and characteristics. According to a more abstract definition of the supply of digital content provided in the Directive on Consumer Rights, the software service contracts that do not fall under the scope of the Regulation on Common European Sales Law can be qualified as contracts for the supply of digital content.

In general, the contract entered into for the provision of software as a service is a standard contract. Both the Law of Obligations Act and the Regulation on Common European Sales Law allow for the protection of the consumer as well as the person engaged in the economic or professional activities, whereas the Council Directive 93/13/EEC on Unfair Terms in Consumer Contracts that forms the primary basis for the standard terms regulation provided in the Law of Obligations Act is protecting only the user of the software as a service, being the consumer.

The contract for the software as a service involves several clearly distinctive parts, as the contract terms are being grouped by their characteristics. The parts of the cloud service contract are also called the contract documents. The author believes that while distinguishing different parts of the contract for the software as a service that have different functions and objectives and, foremost, defining them with specific terms, which may create a false impression of individual contracts (e.g. a service level contract) within the contract for software as a service, is confusing, misleading and strange to Estonian legislation. It is a single contract for using software application whereby the consumer, while entering into it over the Internet, cannot fail accepting some of the contract documents. The cloud service contract is usually entered into under a click-through method, which means that the user of the software as a service has to manifest their assent to the contract terms by clicking specific link on a webpage. Thus, the user cannot negotiate contract terms with the service provider – a contract for the software as a service is a standard contract. According to the Law of Obligations Act, while entering into the cloud service contract under the click-through method, the standard terms become part of it, and in most cases it can be affirmed under the Regulation on Common European Sales Law as well. The provisions of § 37(1) of the Law of Obligations Act seem to be more supportive to the solution which enables to affirm that the standard terms become part of the contract also by entering into the cloud service contract under the browse-wrap method (standard terms are available via a hyperlink and the user is not required to manifest the assent to the standard terms). In the light of the Regulation on Common European Sales Law, the standard terms becoming part of the contract while entering in the cloud service contract under the browse-wrap method should be denied. Even if the standard terms have become part of the contract for the software as a service, many of them are, according to the Law of Obligations Act and the Regulation on Common European Sales Law, unreasonably harming the software application user and as such are not binding to the user.

Contract for the software as a service has several common elements with the non-exclusive licence contract provided in the § 370 (1) of the Law of Obligations Act. At the same time, the contract for the software as a cloud service involves various exemptions when compared to the standard non-exclusive software licence contract. Unlike software licence contract, in the case of the software as a service, for using the software application there is no need to download the software located in the server of the cloud service provider or a third party. The contract for the software as a service is also distinguished by the fact that the non-exclusive licence must be in written format or in a format which can be reproduced in writing. Another difference is displayed by the distinctive clauses included in the contract for the software as a cloud service which are usually not included in the software licence contracts. Moreover, a licence contract is a chargeable contract, while many of the software cloud services are free of charge. Hence, the software service contract cannot qualify as a non-exclusive licence contract.

Among different service contracts provided in the Law of Obligations Act, the contract for the software as a cloud service is similar to an authorisation contract. However, a software service contract can qualify as an authorisation contract foremost in the cases where the primary obligation of the cloud service provider is to ensure access to the software application. On the other hand, the contractual obligation of the cloud service provider is also to provide a possibility for using software resource and this obligation can be considered as part of the user contract. Hence, the qualification of the contract for the software as a service largely depends on the aspect that is being emphasized in the case of the cloud service and the cloud service contract. While emphasizing the possibility for using software resource as the primary contractual obligation, the software service contract resembles, by its object, to a contract for use, or more precisely a commercial lease contract in the meaning of the Law of Obligations Act. However, the cloud service provider has no contractual obligation to allow for fruit to the user as a result of using the software application, preventing the ultimate qualification of the cloud contract as a commercial lease contract. The contract entered into for the provision of free cloud service resembles foremost to a contract for free usage, at least by its object.

The analysis of the paper ultimately led the author to an interesting outcome: in the law of Estonia, the cloud service can be defined as a service; however, the contract for its provision is not necessarily a contract for service, an authorisation contract. According to the author, within the cloud contract it would be more appropriate to consider the obligations of the

software service provider – to provide possibility for using software resource and access to software application – primary contractual obligation(s) of the cloud service provider. This way, the software service contract would resemble for the most to a contract for use. At the same time, a chargeable software as a service contract does not conform to any definitions of the contract for use provided in the Law of Obligations Act, and as a result, it is a so-called atypical contract for use. A contract for the software as a cloud service shares maximum common features with a contract for free usage, in the meaning of § 389 of the Law of Obligations Act.

Kasutatud allikad

Kasutatud kirjandus

1. Brabenec, T. Transfer Pricing of Intangible Assets and R&D Services with Respect to a Service Level Agreement. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1974215. 12.03.2014.
2. Bradshaw, S., Millard, C., Walden, I. Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services. Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 63/2010. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1662374. 12.03.2014.
3. Castro, C., Reed, C., Queiroz, R de. On the Applicability of the Common European Sales Law to some Models of Cloud Computing Services. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2254993. 31.12.2013.
4. Cave, J., Robinson, N., Kobzar, S., Schindler, H. Regulating the Cloud: More, Less or Different Regulation and Competing Agendas. – TRPC, 2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2031695. 12.03.2014.
5. Cunningham, A., Reed, C. Caveat Consumer?- Consumer Protection & Cloud Computing Part 1 – Issues of Definition in the cloud. - Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 130/2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2202758. 12.03.2014.
6. Cunningham, A., Reed, C. Caevat Consumer? – Consumer Protection and Cloud Computing Part 2 – The Application of ex ante and ex post Consumer Protection Law in the Cloud. - Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 133/2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2212051
7. Finn, A., Vredevoort, H., Lownds, P., Flynn, D. (eds). Microsoft Private Cloud Computing. Indianapolis: Wiley, 2012.
8. Ginter, C. Tüüptingimustest VÕS ja direktiivis 93/13/EMÜ. - Juridica 7/2001, 501-513.

9. Gnanasundaram, S., Shrivastava, A. (eds). Information Storage and Management: Storing, Managing, and Protecting Digital Information in Classic, Virtualized, and Cloud Environments (2nd edition). Indianapolis: Wiley, 2012.
10. Grance, T., Mell, P. The NIST Definition of Cloud Computing. Recommendations of the National Institute of Standards and Technology. - NIST Special Publication 800-145, 2011. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>. 31.12.2013.
11. Gupta, I. Are websites adequately communicating terms & conditions link in a browse-wrap agreement? - European Journal for Law and Technology, Vol. 3, No. 2, 2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://ejlt.org//article/view/47>. 04.05.2014.
12. Hesselink, M. Unfair terms in contracts between businesses. - Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011-11, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2011-07. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1871130. 12.03.2014.
13. Hillman, R., A., Rachlinski, J., J. Standard-Form Contracting in the Electronic Age. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=287819. 12.03.2014.
14. Hoffmann, T., Kelli, A., Värvi, A. Abstraktsioonipõhimõte Eesti ja Saksa intellektuaalse omandi õiguses. - Juridica 7/2012, lk 535-542.
15. Hon, W., K., Hörnle, J., Millard, C. Data Protection Jurisdiction and Cloud Computing- When are Cloud Users and Providers Subject to EU Data Protection Law? The Cloud of Unknowing. - International Review of Law, Computers & Technology, Vol. 26, No. 2-3, November 2012, pp. 129-164.
16. Hon, W., K., Millard, C., Walden, I. Negotiating cloud contracts: looking at clouds from both sides now. - Stanford Technology Law Review, Vol. 16, No. 1, 2012, pp. 81-130.
17. Kingisepp, M. Tarbijakaitseõigus Euroopa Liidus ja Eestis. Tallinn: Läte, 2011.
18. Kruisinga, S., A. Incorporation of Standard Terms under the CISG and Electronic Communication. Towards Uniformity: the 2nd annual MAA Schlechtriem CISG conference (2011). Eleven International Publishing, pp. 69 – 82.
19. Kushida, K., Murray, J., Zysman, J. The Gathering Storm: Analyzing the Cloud Computing Ecosystem and Implications for Public Policy. - Digiworld Economic Journal 85, 2012, pp. 63-85.
20. Loos, M. The regulation of digital content B2C contracts in CESL. - Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No.2013-60. Centre for the Study of European

- Contract Law Working Paper No. 2013-10. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2343176. 12.03.2014.
21. Loos, M. Standard contract terms regulation in the proposal for a Common European Sales Law. - Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2012-65, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-04. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2081857. 12.03.2014.
22. Marchini, R. Cloud Computing: A Practical Introduction to the Legal Issues. UK: BSI 2010.
23. Micklitz, H-M., Reich, N. The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)". Too Broad or Not Broad Enough? -EUI Working Papers, Department of Law, 2012/04, Part I, No. 24. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2013183. 12.03.2014.
24. Millard, C. Cloud Computing Law. Oxford: Oxford University Press, 2013.
25. Ortiz, R., Viscasillas, P. The scope of the Common European Sales Law: B2B, goods, digital content and services. - Journal of International Trade Law & Policy, Vol 11, Issue 3, 2012, pp. 241-258.
26. Pärna, P. Asjaõigusseadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2004.
27. Reed, C. (ed). Computer Law. 7th edition. Oxford: Oxford University Press, 2011.
28. Robison, W., J. Free at What Cost?: Cloud Computing Privacy Under the Stored Communications Act. - The Georgetown Law Journal, Vol. 98, 2010, pp. 1195-1239.
29. Rosentau, M. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias. Autori varalised õigused. - Juridica 10/2010, lk 751-768.
30. Rosentau, M. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias. Autori isiklikud õigused. - Juridica 9/2007, lk 651-666.
31. Rosentau, M. Riigi ja kohaliku omavalitsuse asutuste poolt tellitava arvutitarkvara autoriõiguste omandamise, litsentseerimise ja teenusepõhise kasutuse põhimõtted. Arvutivõrgus. Kättesaadav: https://www.osale.ee/konsultatsioonid/files/consult/99_AITP%20vers%201-0.doc. 12.03.2014.
32. Sluijs, P., J, Larouche, P., Sauter, W. Cloud Computing in the EU Policy Sphere: Interoperability, Vertical Integration and the Internal Market. - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce law, Vol. 3, 2012, pp. 12-33.
33. Smith, G., J., H. Internet Law and Regulation. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

34. Šmeljov, O. Tegevuse edasiandmine (outsourcing) ja sellega kaasnevad riskid. Finantsinspeksioon, meedikakeskus. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.fi.ee/?id=2592&year=2011>. 06.01.2014.
35. Vaquero, L., Rodero-Merino, L., Caceres, J., Lindner, M. A break in clouds: towards a cloud definition. - Computer Communication Review, Vol. 39, No. 1, 2008, pp. 50-55.
36. Varul, P., Kull, I., Käerdi, M., Kõve, V. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2010.
37. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2006.
38. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. Võlaõigusseadus II. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2007.
39. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. Võlaõigusseadus III. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2009.

Kasutatud normatiivaktid

40. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 25.10.2011 direktiiv 2011/83/EÜ, tarbija õiguste kohta, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 1999/44/EÜ ja millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiiv 85/577/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 97/7/EÜ. - ELT L 304, 22.11.2011, lk 64-88.
41. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 23.04.2009 direktiiv 2009/24/EÜ, arvutiprogrammide õiguskaitse kohta (kodifitseeritud versioon). – ELT L 111, 05.05.2009, lk 16-22.
42. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12.12.2006. a direktiiv 2006/123/EÜ, teenuste kohta siseturul. – ELT L 376, 27.12.2006, lk 36-68.
43. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 07.03.2002 direktiiv 2002/21/EÜ, elektrooniliste sidevõrkude ja – teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (raamdirektiiv). – EÜT L 108, 24.04.2002, lk 33-50 (eestikeelne eriväljaanne ptk 13, kd 29, lk 349-366).
44. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 08.06.2000 direktiiv 2000/31/EÜ, infoühiskonna teenuste teatavate õiguslike aspektide, eriti elektroonilise kaubanduse kohta siseturul (direktiiv elektroonilise kaubanduse kohta). – ELT L 178, 17.07.2000, lk 1-16 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 13, kd 25, lk 399-414).
45. Euroopa Nõukogu 22.12.2000 määrus (EÜ) nr 44/2001, kohtualluvuse ja kohtuotsuste täitmise kohta tsiviil-ja kaubandusajades.- ELT L, 16.01.2001, lk 1-23.

46. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 22.06.1998 direktiiv 98/34/EÜ, millega nähakse ette tehnilistest standarditest ja eeskirjadest teatamise kord. - EÜT L 204, 21.7.1998, lk 37-48 (eestikeelne eriväljaanne ptk 13, kd 20, lk 337-348)
47. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20.05.1997 direktiiv 97/7/EÜ, tarbijate kaitse kohta sidevahendi abil sõlmitud lepingute korral. – ELT L 144, 04/06/1997, lk 19-27 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 15, kd 3, lk 319-327).
48. Nõukogu 05.04.1993. a direktiiv 93/13/EMÜ ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes - ELT L 095, 21.04.1993, lk 29-34.
49. Euroopa Liidu toimimise leping. – ELT, eestikeelne väljaanne: 2010/C 083/01, kd 53.
50. Asjaõigusseadus. - RT I 1993, 39, 590 ... RT I 13.03.2014, 3.
51. Autoriõiguse seadus. – RT I 1992, 49, 615...RT I, 14.06.2013, 3.
52. Elektroonilise side seadus. – RT I 2004, 87, 593...RT I, 05.07.2013, 1.
53. Euroopa Liidu teenuste direktiivi rakendamise seadus. – RT I 2009, 63, 408
54. Infoühiskonna teenuse seadus. - RT I 2004, 29, 191...RT I, 06.01.2011, 1.
55. Kaubandustegevuse seadus. – RT I 2004, 12, 78...RT I 2010, 22, 108.
56. Tarbijakaitse seadus. – RT I 2004, 13, 86...RT I 31.12.2013, 1.
57. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I 2005, 26, 197 ... RT I 13.03.2014, 3.
58. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 2002, 35,216...RT I 13.03.2014, 3
59. Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487...RT I, 29.11.2013, 1.

Kasutatud Eesti kohtupraktika

60. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 27.11.2013 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-126-13.
61. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 28.03.2012 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-8-12.
62. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 06.06.2012 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-71-12.
63. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 21.11.2012 kohtumäärus tsiviilasjas nr 3-2-1-123-12.

Euroopa Liidu kohtute lahendid

64. Kohtuotsus C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany vs Ministerstvo kultury*), 22.12.2010, ET- I-13971.
65. Kohtuotsus C-128/11 (*UsedSoft GmbH vs Oracle International Corp*), 03.07.2012, not yet published.
66. Kohtuotsus C-49/11 (*Content Services Ltd versus Bundesarbeitskammer*), 05.07.2012, not yet published.

Muud allikad

Euroopa Liidu institutsioonide dokumendid

67. Euroopa Komisjoni 11.10.2011. a ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus Euroopa ühise müügiõiguse kohta KOM(2011) 635 lõplik – ELT C 37/04, 10.02.2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:et:PDF>. 14.01.2014.
68. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 95/46/EÜ, üksikisikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise kohta, artikli 29 alusel loodud andmekaitse töörihm. Arvamus 05/2012 pilvandmetöötluse kohta. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp196_et.pdf#h2-2. 21.01.2014.
69. Euroopa Komisjon. Pilvandmetöötluse võimaluste kasutamine Euroopas – mis see on ja mida see kasutaja jaoks tähendab? Memo 12/713, 27.09.2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-713_et.htm. 08.01.2014.
70. European Commission. The Future of Cloud Computing: Opportunities for European Cloud Computing Beyond 2020. Expert Group Report. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/cloud-report-final.pdf>. 26.01.2014.
71. Committee on Legal Affairs. Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (COM(2011)0635-C7-0329/2011-2011/0284(COD)). Committee on Legal Affairs, 24.09.2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130925ATT71873/20130925ATT71873EN.pdf>. 18.01.2014.
72. Euroopa Komisjon. Euroopa Komisjon annab uue panuse pilvandmetöötluse edendamisesse. Pressiteade, 28.10.2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-990_et.htm. 14.01.2014.
73. Euroopa Ülemkogu. 24. - 25. oktoober 2013 järelused. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/ET/ec/139201.pdf. 14.01.2014.

Täiendavad materjalid

74. Aasmäe, K (toim). Uuring: Eesti ettevõtted on avalike pilveteenuste kasutamise aktiivsusest globaalsest trendist maas. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.juhtimine.ee/820254/uuring-eesti-ettevotted-on-avalike-pilveteenuste-kasutamise-aktiivsusest-globaalsest-trendist-maas> 29.12.2013.
75. Autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste seaduse eelnõu. 01.02.2014. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=59367/Autori%F5iguse+seaduse+eeln%F5u.pdf>. 11.02.2014.
76. Autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste seaduse eelnõu seletuskiri. Seletuskirja versioon 02.02.2014. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=59369/Autori%F5iguse+seaduse+seletuskiri.pdf>.
77. Avatud pilve manifest. Eesti keelde tõlkinud: Asko Berens, Elitec Group OÜ. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.elitec.ee/avatud-pilve-manifest>. 06.01.2014. Originaal - <http://www.opencloudmanifesto.org/Open%20Cloud%20Manifesto.pdf>.
78. Benson, T. Differences Between Software Licencing Agreements and Software as a Service Agreements. December 2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.tysonbenson.com/2012/12/26/differences-between-software-licensing-agreements-and-software-as-a-service-agreements/>. 29.01.2014.
79. Bodle Law. SaaS Agreements- SaaS, PaaS, IaaS – Is There a difference? March 2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.bodlelaw.com/saas/saas-agreements-saas-paas-iaas-is-there-a-difference>. 19.01.2014.
80. Bodle Law. SaaS Agreements- What is SaaS? March 2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.bodlelaw.com/saas/saas-agreements-faqs-what-is-saas>. 26.01.2014.
81. Bodle Law. SaaS Agreements- What is a SLA? April 2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.bodlelaw.com/category/slas>. 27.01.2014.
82. Bregovoy, R., R. 5 minute FAQ: Licence Agreements vs. SaaS Agreements. August, 2010. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://thelicensinglawblog.com/2010/08/5-minute-faq-license-agreements-vs-saas-agreements/>. 03.02.2014.
83. Cacciola, S., Gibbons, R. Coase Meets the Cloud: How and When Can Outsourcing IT Improve Organizational Performance? Arvutivõrgus. Kättesaadav:

- http://web.mit.edu/rgibbons/www/Coase%20Meets%20the%20Cloud_Final.pdf.
06.01.2014
84. Cloud Industry Forum, Cloud UK: Paper Three – Contracting Cloud Services: A Guide to Best Practises, 2011. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.agresso.co.nz/download/CloudResearch_cif-white-paper-3-2011_.pdf.
14.01.2014.
85. Department for Business Innovation & Skills (BIS). Enhancing consumer confidence by claryfying consumer law. - Consultation on the supply of goods, services and digital content. July 2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31350/12-937-enhancing-consumer-consultation-supply-of-goods-services-digital.pdf.
18.01.2013.
86. Dropbox. Dropbox Terms of Service. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <https://www.dropbox.com/terms#terms>. 04.02.2014.
87. Eesti Teadusagentuur. Horisont 2020. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.etag.ee/rahvusvaheline-koostoo/horisont-2020/>. 24.03.2014.
88. Eesti Äritarkvara Liit. Arvutitarkvara ja piraatlus. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.tarkvaraliit.ee/et/Arvutikasutajale/Arvutitarkvara-ja-piraatlus>. 28.01.2014.
89. Elunurm. S. Andmed pilves - palun täpsustage - kus? – Digiagentuur okia blogi, 25.07.2011. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.okia.ee/blog/2011/07/andmed-pilves-palun-tapsustage-kus/>. 31.12.2013.
90. Erply. Tarkvarateenuse üldtingimused. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://ee.erply.com/tarkvarateenuse-uldtingimused/>. 29.04.2014.
91. E-teatmik. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.vallaste.ee/index.htm>. 12.03.2014.
92. Finantsinspeksioon. Nõuded finantsjärelevalve subjekti poolt tegevuse edasiandmisele (*outsourcing*). Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.fi.ee/?id=2592&year=2011>. 06.01.2014
93. Gartner Research. Definition of Cloud Computing. Cloud Computing: It's the destination, not the journey that is important. - DevCentral Weblog, 2008. Viidatud: Cuza, A. Cloud Computing: the next big thing for small and medium businesses. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2277890. 06.01.2014.
94. Gens, F. Defining “Cloud Service” and “Cloud Computing”. – IDC, 23.09.2008. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://blogs.idc.com/ie/?p=190>. 06.01.2014.

95. Kelly, M., A. SaaS Law and SaaS Agreements. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.hg.org/article.asp?id=20454>. 15.04.2014.
96. Lõugas, H. Eesti esimesel oma pilveteenusel on kindel aadress ja nägu. Eesti Päevaleht 26.03.2014.
97. Macpherson, S. What do SaaS, PaaS and IaaS mean? September 2011. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://boxfreeit.com.au/2011/09/25/what-do-saas-paas-and-iaas-mean/>. 19.01.2014.
98. Majandus-ja Kommunikatsiooniministeerium. Eesti infoühiskonna arengukava 2020. Lk 2. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.mkm.ee/public/Infoyhiskonna_arengukava_2020_f.pdf. 24.03.2014.
99. Margn. Korduma kippuvad küsimused. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://margn.com/tugi/kkk>. 26.01.2014.
100. Marnau, N., Schlehahn, E (eds). Cloud Computing: Legal Analysis. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.tclouds-project.eu/downloads/deliverables/TC-D1.2.2_Cloud_Computing-Legal_Analysis_M12.pdf 09.04.2014.
101. Mirsky, A. SaaS: Software License or Service Agreement? Start with Copyright. July, 2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://mirskylegal.com/2012/07/saas-software-license-or-service-agreement-start-with-copyright/>. 03.02.2014.
102. Mohamed, A. A history of cloud computing. – Computer Weekly, March 2009. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.computerweekly.com/feature/A-history-of-cloud-computing>. 05.04.2014.
103. Oracle. SaaS-Online Cloud Services Agreement – UK Version. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.oracle.com/us/corporate/contracts/saas-csa-uk-2069269.pdf>. 04.02.2014.
104. Parm, U. Pilvandmetöötlus. – Andmekaitse inspektsiooni veebileht, 29.05.2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <https://www.aki.ee/et/pilvandmetootlus>. 06.01.2014.
105. Pung, E. Suuline teade autorile 08.01.2014 Tartus.
106. Rahandusministeerium. Täna on kõigi Eesti omavalitsuste tervis internetis jälgitav. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.fin.ee/tanasest-on-koigi-eesti-omavalitsuste-tervis-internetis-jalgitav/?highlight=riigipily>. 24.03.2014.
107. Rahvusvaheline telekommunikatsiooni andmekaitse töörühm. Töödokument teemal pilvandmetöötlus: eraelu puutumatuse ja andmekaitse probleemid- “Spoti

- memorandum”, 24.04.2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.aki.ee/sites/www.aki.ee/files/elfinder/article_files/Pilvandmet%C3%B6%C3%B6lus%20-%20Sopoti%20memorandum.pdf. 31.12.2013
108. Rouse, M. Cloud services reseller. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://searchcloudprovider.techtarget.com/definition/cloud-services-reseller>. 26.01.2014.
109. Spotify. Terms and Conditions of Use. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <https://www.spotify.com/ee/legal/end-user-agreement/>. 12.03.2014.
110. Steddum, J. A Brief History of Cloud Computing. – SoftLayer Blog, 29.07.2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://blog.softlayer.com/2013/virtual-magic-the-cloud/>. 05.01.2014.
111. Tollen, D., W. Don't Use License Agreements for Software as a Service. 2011. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://techcontracts.com/2011/09/12/dont-use-license-agreements-for-software-as-a-service/>. 29.01.2014.
112. University of Oslo, Faculty of Law. Drafting a cloud computing contract. 2011. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22926/SILALAHIX-Master.pdf.pdf?sequence=1>. 13.02.2014.
113. Vabariigi Presidendi Kantselei. President Ilves hakkab Euroopa Komisjoni kutsel edendama Euroopa digitaalset arengut. Pressiteade, 19.11.2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.president.ee/et/meediakajastus/pressiteated/8222-president-ilves-hakkab-euroopa-komisjoni-kutsel-edendama-euroopa-digitaalset-arengut/layout-visit.html>. 24.03.2014.
114. Võlaõigusseaduse ja tarbijakaitseseaduse muutmise seaduse eelnõu SE 505 seletuskiri. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&page=pub_file&file_id=49247fe8-ca4d-1d67-e689-74a1a71639dc&. 21.01.2014.
115. Wakefield Research. Citrix Cloud Survey Guide. Partly Cloudy – About Cloud Computing. Survey: Many Believe “The Cloud” Requires a Rain Coat. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.citrix.com/content/dam/citrix/en_us/documents/go/Citrix-Cloud-Survey-Guide.pdf?accessmode=direct. 05.01.2014.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, **Kristel Tuul**,

sündinud 02.05.1990

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

“Pilveteenuse osutamisel tekkiva õigussuhte kvalifitseerimine Eesti õiguses”, mille juhendaja on **dr. iur. Irene Kull**

1.1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, **05.05.2014**